

TARTU ÜLIKOOL

ÕIGUSTEADUSKOND

Äriõiguse- ja intellektuaalse omandi õppetool

Laura Kask

SÕLTUVUSSUHTES SÕLMITUD KÄENDUSLEPING

Magistritöö

Juhendaja: prof Irene Kull

Tartu

2013

Sisukord

Sissejuhatus	3
1. Käendus kui isiklik tagatis	7
1.1 Käenduslepingute kasutamine Eesti panganduspraktikas.....	7
1.2 Võlausaldaja käenduslepingus	9
1.3 Käendaja positsioon laenulepingu poolte suhtes	12
1.3.1 Käendaja positsioon lepingulises suhtes	12
1.3.2 Käendaja kaitsevajadus.....	14
1.3.3 Käendaja õigus saada teavet.....	18
2. Perekondlik sõltuvussuhe käenduslepingus	23
2.1 Perekonnaliikmed käendajatena	23
2.1.1 Abikaasa laenu käendajana.....	24
2.1.2 Lapsed ja vanemad laenu käendajatena.....	31
2.2 Muud lähedased suhted perekonnas.....	35
2.3 Eeldused sõltuvussuhtes sõlmitud käenduslepingu heade kommetega vastuolus olevaks tunnistamiseks.....	37
2.3.1 Sooritusvõime ületamine.....	37
2.3.2 Teise poole rasketest asjaoludest teadmine või teadma pidamine	41
3. Sõltuvussuhe juriidiliste isikute kohustuste käendamisel	44
3.1 Juriidilise isikuga seotud füüsiliste isikute poolt antud käendus	44
3.2 Juriidilise isikuga seotud teiste juriidiliste isikute poolt antud käendus	49
3.3 Mitteseotud isikute poolt juriidiliste isikute kohustuste käendamine	51
4. Sõltuvussuhtes sõlmitud globaalne tagatiskokkulepe	54
4.1 Globaalse tagatiskokkuleppe mõiste ja kasutamine.....	54
4.2 Globaalne tagatiskokkuleppe tüüptingimusena	56
Kokkuvõte	60
Relationship of Dependency in Personal Security Contracts	64
Kasutatud kirjandus	70
Kasutatud normatiivaktid	73
Mudelseadused	74
Kasutatud Eesti kohtupraktika.....	74
Euroopa Liidu liikmesriikide kohtupraktika:	75
Euroopa kohtupraktika	77
Muud allikad.....	77

Sissejuhatus

2009. aastal võeti vastu tsiviilseadustiku üldosa seaduse (TsÜS) § 86¹ muudatused, millega loodeti vähendada seoses kiirlaenudega tekkinud probleeme lahendada lähtuvalt ühiskonnas kehtivale õiglustundele ning sotsiaalsetele vajadustele. Muudatuste eesmärgiks polnud üksnes kiirlaenudega seonduva reguleerimine², vaid peeti silmas ka tulevikus tekkivate probleemidele võimalike lahenduste pakkumist. Laenulepingust tulenevate kohustuste täitmise raskused võivad tabada lisaks põhivõlgnikule ka käendajat, kes vastutab kohustuse täitmise eest juhul, kui põhivõlgniku maksevõimetuse tõttu pole võlausaldajal võimalik kohustuse täitmist nõuda. Käenduslepingu puhul võtab lepingu sõlminud isik võlausaldaja ees vastutuse kolmanda isiku kohustuse täitmise eest kogu oma varaga ning sageli puudub käendajal majanduslik huvi põhilepingu vastu. Käenduse eesmärgiks on tagada lähedase kohustust, mistõttu tuleb veenduda, et käendaja oleks oma otsuste tegemisel ratsionaalne ja teadlik käendusega kaasnevatest riskidest. Käendaja kaitse ei saa piirududa vaid protseduurilisi reegleid järgides, kuna analüüsida tuleks ka isiku tahtevabadust lepingu sõlmimisel.

Käendusleping on isiklik tagatis, millega tagatakse lähedase kohustust. Kuna käenduse seadmine ei eelda konkreetse vara omamist, annab see võimaluse krediidini jõuda nendele isikutele, kellel puudub kinnisvara tagatis või muu võimalus oma kohustusi tagada. Lähtudes 2012.a Credit Suisse'i ja Oxfordi Ülikooli koostatud nimekirjast euroriikide elanike netovara väärtuse kohta, on eestlased 17 eurotsooni riigi elanike hulgas peaaegu kõige vaesemad, omades keskmiselt vara 21 000 euro väärtuses.³ Seega on alust arvata, et käenduse kasutamine on Eestis teatud laenude puhul jätkuvalt populaarne ning võimaldab madalama

¹ Tsiviilseadustiku üldosa seadus. Vastu võetud Vastu võetud 27.03.2002. Jõustunud 01.07.2002. RT I 2002, 35, 216

² Tsiviilseadustiku üldosa seaduse ja võlaõigusseaduse muutmise seaduse eelnõu seletuskiri. Arvutivõrgus. Kättesaadav: http://www.riigikogu.ee/?op=emsplain&page=pub_file&file_id=d92e1442-e748-9854-f088-bc69cbc330d2&, 4.05.2013.

³ Credit Suisse Research Institute. Thought leadership from Credit Suisse Research and the world's foremost experts. Global Wealth Report. 10.2012. Arvutivõrgus. Kättesaadav: https://infocus.credit-suisse.com/data/product_documents/shop/368327/2012_global_wealth_report.pdf, 4.05.2013, lk 10.

sissetulekuga isikutel jõuda krediidini, et oma õpinguid finantseerida⁴, anda lisatagatis soetatud autole⁵ või väikelaenule.⁶

Kohtupraktika analüüsi kohaselt on TsÜS § 86 vähese kohaldamise põhjuseks asjaolu, et ei suudeta tõendada tehingu tegemist sundolukorras.⁷ Sundolukorraks on kindlasti isiklike suhete ärakasutamise eesmärgiga sõlmitud käenduslepingud. Kuna käendaja kaitsemeetmed on suhete ärakasutamise osas jäetud kohtu diskretsiooni, on ühtse praktika kujundamise protsess aeganõudev. Olemasoleva kohtupraktika pinnalt võib väita, et käendajad ei oska sõltuvussuhet põhivõlgnikust välja tuua ning seetõttu ei ole ka kohtud probleemi pikemalt ja põhjalikumalt analüüsinud. Seega tundub, et hetkel on Eesti ühiskonnas valdavalt lähenemine liberaalse ühiskonnakäsitluse suunas, kus kõik peavad ise hakkama saama. Kogu diskussioon käenduse heade kommetega vastuolus olevaks tunnistamisel taandub aga privaatautonomia ning lepinguvabaduse aluspõhimõtetele, mille puhul ühe tehingupoole enesemääramise õigus on tugevalt piiratud.⁸ Tekib küsimus, kas Eestis kaitstakse pigem majanduslikku vabadust ja riskide võtmine on osa käenduslepingu olemusest. Kindlasti on see seotud riigi arengutasemega, mille puhul toetatakse pigem ettevõtluse arengut kui kaitstakse üksikisikut. Võib ju väita, et potentsiaalseid juhtumeid, kus käendusleping tõesti on heade kommetega vastuolus ning TsÜS § 86 järgi tühine, võib Eesti mastaapides kohtu ette jõuda vaid üksikud, mistõttu pole majanduslikult põhjendatud, et vähendada seetõttu isikute krediitdivõimelisust ning muuta pangad ettevaatlikuks lähedaste isikute käenduse või üldse käenduse suhtes, kuna võetakse risk, et leping osutub tühiseks.

Magistritöö eesmärgiks on leida vastus küsimusele, kuidas mõjutab sõltuvussuhe käenduse andmist, isiku otsuseid lepingu sõlmimisel ja tulevast majanduslikku olukorda ning millised kriteeriumid peavad olema täidetud, et käendusleping tunnistada tühiseks TsÜS § 86 alusel. Kuna Eesti kohtupraktikas näited käenduslepingute tühiseks tunnistamisel sõltuvussuhtes sõlmitud tehingu puhul puuduvad, siis on autori ülesandeks leida, kas välisriikide kohtupraktikas toodud juhtumite puhul on võimalik paralleele tuua ka Eesti praktikasse. Analüüsi tulemusel soovitakse esitada konkreetsemad juhised käendaja ja põhivõlgniku

⁴ Vastavalt õppelaenu ja õppetoetuste seaduse (ÕÕS) § 3 on õppelaen õpilasele ja üliõpilasele antav riigi tagatud laen hariduse omandamisega kaasnevate kulutuste katmiseks. Õppetoetuste ja õppelaenu seadus. Vastu võetud 07.08.2003. Jõustunud 1.09.2003. RT I 2003, 58, 387

⁵ Autolaenu puhul on üle 6400 euro vajalik eraisiku käendus. SEB. Autolaenu tingimused. Arvutivõrgus. Kättesaadav: <http://www.seb.ee/vaikelaenu/autolaen>. 04.05.2013.

⁶ Väikelaenu puhul on üle 6400 euro vajalik eraisiku käendus. SEB. Väikelaenu tingimused. Arvutivõrgus. Kättesaadav: <http://www.seb.ee/vaikelaenu/vaikelaen>. 04.05.2013.

⁷ M. Vutt. Tehingu heade kommete vastasus TsÜS § 86 alusel. Kohtupraktika analüüs. Riigikohus. Õigusteabe osakond. Tartu 2012. Arvutivõrgus. Kättesaadav: <http://www.riigikohus.ee/?id=1252>. 4.05.2013, lk 25.

⁸ B. Fehlberg. The Husband, the Bank, the Wife and the Signature. The Sequel. Modern Law Review 59/1996, lk 675.

vahelise suhte olemuse tuvastamiseks, millest lähtuvalt saaks nii käendajad kohtus sõltuvussuhtet põhjendada kui ka kohtud oma analüüsis sõltuvussuhet põhistada.

Töö põhiküsimusele vastuse leidmiseks kasutab autor võrdlev-analüütilist meetodit, võrreldes ebaõiglastest käenduslepingutest vabanemise võimalusi Eesti seadusandluse ja Euroopa Liidu liikmesriikides kehtiva õigusega (eelkõige Prantsusmaa, Austria, Inglismaa, Saksamaa, Belgia, Itaalia, Hispaania). Lisaks sellele on kasutatud ka Euroopa mudelseadusi- PECL⁹, DCFR¹⁰ ning nende kommentaare. Kuna sõltuvussuhtes sõlmitud käenduslepingu heade kommete vastaseks tunnistamine on kohtu diskretsioon, on analüüsitud nii Riigikohtu, Ringkonnakohtu kui ka Maakohtu lahendeid ning toodud välja põhjused, miks ei ole tühiseks tunnistamine aset leidnud. Kuna käenduslepingutega seonduv kohtupraktika on Inglismaal ja Saksamaal lähtuvalt ühiskonna arengutasemest juba tugevalt välja kujunenud, on põhjalikumalt analüüsitud sealsete kohtute praktikat ebamoraalsete käenduslepingute osas, kuna otsuste pinnalt on võimalik teha teatavad kokkuvõtted, millest siinsed kohtud saaksid otsuste tegemisel lähtuda või vähemalt arvestada. Võimaluse taoliseks lähenemiseks annab ka Riigikohtu seisukoht, mille kohaselt võib teiste riikide analoogilisi seadusi ja praktikat vähemalt eraõigusnormide puhul arvestada võrdlusmaterjalina Eesti seaduse mõtte ja eesmärgi väljaselgitamisel ning seda esmajoonel olukorras, kui sätte rakenduspraktika puudub, kuid mujal on see sarnase sätte puhul välja kujunenud.¹¹

Seni ilmunud käsitlustest on kõige mahukamaks A. Colombi Ciacchi ja S. Weatherilli toimetatud raamat „Regulating Unfair Banking Practices in Europe: The Case of Personal Suretyships,“ kus on välja toodud kõikide Euroopa Liidu liikmesriikide praktika ebaõiglaste käenduslepingute osas.

Magistritöö on jaotatud neljaks peatükiks. Esimeses peatükis analüüsitakse käenduslepingu kolmiksuhte iseloomust tulenevalt pooltevahelisi suhteid ning käendaja kaitse vajadust. Põhiliseks küsimuseks on, millistele tingimustele peaks käendaja vastama, et käendaja kaitse oleks põhjendatud ning kas erilist tähelepanu peaksid väärima vaid füüsilisest isikust käendajad või peaks lähtuma eraõiguse arengusuundadest, mille kohaselt turujõu asümmeetria laenuandjast võlausaldaja ja põhivõlgniku vahel tingib vajaduse kaitsta ka juriidilisi isikuid.

⁹ Principles of European Contract Law. Arvutivõrgus. Kättesaadav: http://frontpage.cbs.dk/law/commission_on_european_contract_law/PECL%20engelsk/engelsk_partI_og_II.htm. 4.05.2013.

¹⁰ Draft Common Frame of Reference. Arvutivõrgus. Kättesaadav: <http://www.storme.be/DCFRInterim.pdf>. 4.05.2013.

¹¹ Riigikohtu tsiviilkolleegiumi 21.12.2004 otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-145-04, p 39. Vt ka: Riigikohtu tsiviilkolleegiumi 30.03.2006 otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-4-06, p 24.

Lisaks sellele püstitatakse küsimus, kas protseduurilised reeglid on käendaja kaitseks piisavad.

Töö teine peatükk keskendub perekondlikule sõltuvussuhte. Kuna käendajateks asuvad eelkõige perekondlikult lähedased isikud, siis suhete ärakasutamine on väga lihtne tekkima. Autori eesmärk on välja selgitada, millistel tingimustel on perekondlik lähedane suhe aluseks käenduslepingu heade kommete vastaseks tunnistamisel ning millised tingimused peavad selleks täidetud olema- kas sõltuvussuhet perekondlike sidemete puhul eeldatakse või tuleb see täiendavalt tõendada. Töö terviklikkuse huvides analüüsitakse nii abikaasa, lapse, vanema, vanavanema, õe-venna, poolõe-poolvenna kui ka lähedase tuttava ja käendaja vahelist suhet ning püütakse välja selgitada, millal on alust arvata, et käendaja tahe ei ole vabalt kujunenud ning lepingusse astutakse tulenevalt emotsionaalsest ja majanduslikust sidemest. Lisaks sellele püstitatakse küsimus, mis saab siis, kui sõltuvussuhte aluseks olnud suhe katkeb.

Töö kolmandas peatükis tõstatab autor küsimuse, kas sõltuvussuhe saaks olla ka juriidilise isiku laenude käendamisel. Seda nii juriidilise isikuga seotud isikute puhul (juhatuse liikmed, aktsionärid, töötajad, aga ka teised juriidilised isikud) kui ka juriidilise isikuga mitte seotud isikute puhul (juhatuse liikmete abikaasad). Juriidiliste isikute puhul on käenduse andmine seotud majandusriskiga ning üldise riskiga ettevõtluses. Seega tuleb vastus leida, kas turujõu asümmeetria tingib käendaja kaitsevajaduse sarnaselt pereliikmete laenude tagamiseks sõlmitud käenduslepingutega ning kui, siis millistel tingimustel.

Neljandas peatükis analüüsib autor hetkel aktuaalset globaaltagatise temaatikat seoses tulevaste kohustuste tagamisega ning püüab jõuda järeldusele, kas ka globaalse tagatiskokkuleppe puhul on võimalik tugineda sõltuvussuhte ärakasutamisele ning kas selline kokkulepe on tüüptingimusena lubatav. Juhul, kui tegemist on individuaalselt läbiräägitava tingimusega, siis peaks ka siin olema tuvastatav sõltuvussuhte element ning tagatiskokkuleppe sõlmija peab saama tugineda sõltuvussuhte ärakasutamisele. Kindlasti on problemaatiline, kas tegemist on vaid füüsiliste isikute puhul sõlmitud kokkuleppega, või on ka siin võimalik kaitsta juriidilisi isikuid.

1. Käendus kui isiklik tagatis

1.1 Käenduslepingute kasutamine Eesti panganduspraktikas

Rahalise kohustuse võlausaldaja üritab üldjuhul viia miinimumini raha kaotamise riskid. Võlausaldaja saab oma positsiooni kindlustada kas asjaõiguslike tagatiste (eelkõige erinevad pandiõigused) või isiklike tagatiste kaudu. Võrreldes asjaõiguslike tagatistega, mille puhul sõltub tagatise väärtus tagatiseks oleva eseme väärtusest, seostatakse käenduse väärtus eelkõige käendaja maksevõimega.¹² Isiklikul vastutusel põhinevaks kohustuse täitmise tagatiseks on Eesti õiguses garantii- ja käendusleping.

Kuigi käendusega tagatud laenude hulk on Eesti üldisest laenuportfelligist võrreldes asjaõiguslike tagatistega suhteliselt väike,¹³ on see siiski püsinud aastate jooksul stabiilsena. Erinevate kodumajapidamistele antud käendusega tagatud laenude arv püsib umbes 90 000 laenu juures, kusjuures arvestatud pole laene, mille puhul käendus on lisatagatiseks.¹⁴ Mõne laenuliigi puhul on isiklik käendus peamiseks võimaluseks laenu tagamisel, nagu see on näiteks õppelaenude puhul, kus käendust on tagatisena kasutatatud 98,8 % juhtudest.¹⁵ Krediidiasutuste huvi käenduse vastu tuleneb soovist laiendada isikute ringi, kes kannavad vastutust. Kuna käendajateks on üldiselt põhivõlgnikule lähedalseisvad isikud, siis on võimalik, et lähedase kaasamise kaudu loodavad pangad krediidisaaaja poolt ka hoolikamat majandamist.¹⁶

Laenu andmisega tegelevad Eestis pangad ja muud finantsasutused. Eestis on Finantsinspektsiooni tegevusloa alusel tegutsevad pankasid kaheksa: AS Eesti Krediidipank, AS LHV Pank, AS SEB Pank, Bigpank AS, Swedbank AS ja Tallinna Äripanga AS AS DNB Pank, Versobank AS.¹⁷ Lisaks sellele tegutsevad Eestis ka välisriikide krediidiasutuste

¹² I. Kull, M. Käerdi, V. Kõve. Võlaõigus I üldosa. Juura, Õigusteabe AS, Tallinn 2004, lk 351-352.

¹³ Laenujääk tagatise järgi. Seisuga 31.01.2013 on käenduse/garantiiga tagatud laenujääk 4,5% osatähtsusega tervest Eesti laenujäägist, samas on hüpoteegiga tagatud laenujäägi osakaal umbkaudu 75%. Siiski on mitme tagatise puhul statistikas näidatud see, mis on suurimas väärtuses, mistõttu võib arvata, et käenduse kasutamine lisatagatisena on tunduvalt laiem. Arvutivõrgus. Kättesaadav:

<http://statistika.eestipank.ee/?lng=et#listMenu/1030/treeMenu/FINANTSSEKTOR/147/650>. 4.05.2013.

¹⁴ Kodumajapidamistele antud laenude jääk ja arv laenuliigi, valuuta ja tagatise lõikes. Arvutivõrgus. Kättesaadav: <http://statistika.eestipank.ee/?lng=et#listMenu/1172/treeMenu/FINANTSSEKTOR/147/650>. 4.05.2013.

¹⁵ Kodumajapidamistele antud laenude jääk ja arv laenuliigi, valuuta ja tagatise lõikes. (viide 14).

¹⁶ D. Freivald. Pereliikmete võetud käenduskohustuse heade kommete vastasus. Juridica 8. 2006, lk 542.

¹⁷ Eestis tegevusloa alusel tegutsevad krediidiasutused. Arvutivõrgus. Kättesaadav: <http://www.fi.ee/index.php?id=287>. 27.02.2013.

filiaalid.¹⁸ Käenduslepinguid sõlmivad ka äriühingud, kes pakuvad laenuteenust (Credit 24, Ferratum, SMS Raha jpt). Oluline osa andmisel ja tagamisel on KredExil, mis on finantsasutust, mis aitab Eesti ettevõtetel kiiremini areneda ja turvaliselt välisturgudele laieneda pakkudes laene, krediidikindlustust ja riigi garantiiga tagatise.¹⁹

Olukorras, kus sotsiaalkindlustuste süsteem riigis on ebapiisav ja seetõttu laenude võtmine ainukeseks võimaluseks rahuldada igapäevavajadusi, suureneb ka vajadus laenude järele, mille tagamine ei vaja täiendavaid varalisi vahendeid.²⁰ Käendus kui isiklik tagatis rahuldab laenuvõtja vajadusi võimalikult odava laenu järele ning samas ka laenuandja vajadusi kindlustada ennast võimaluse vastu, et laenu tagastamisel võivad tekkida laenusaaajal raskused.²¹ Käendaja jaoks on laenu tagamine seotud aga alati riskiga, et põhivõlgnik ei suuda võetud kohustust täita. Mida suurem on risk, et põhivõlgnik ei suuda kohustust täita, seda suurem on tõenäosus, et sissenõue pööratakse käendaja vastu.²² Siiski on käenduse puhul tegemist pigem isikutega, kellel puuduvad finantstagatise asjaõiguslike tagatiste näol, mistõttu võiks arvata, et ka nende üldine positsioon ühiskonnas on seotud madalamate sissetulekutega, mistõttu on tegemist ka haavatavamate isikutega. Kuna Eesti sotsiaalkindlustuse süsteem pole piisavalt kindlust pakkuv, on isiklikul käendusel antud laen variandiks katta igapäevavajadusi või kompenseerida majanduslikku suutmatust oma lapse õpinguid ise finantseerida. See aga muudab isikud suhete ärakasutamise osas haavatavamaks.

Arvestades käenduse tähtsust majanduses, tuleb käenduse reguleerimisel hinnata piirangute mõju käendusele, et liigne reguleerimine ei tooks kaasa käenduse kui tagatise kadumist. Kui käendajal on hõlpsalt võimalik käendusest vabaneda, võib see viia selleni, et käendajal endal tuleb need riskid kõrgete intressidega kinni maksta või pöörduvad pangad hoopis asjaõiguslike tagatiste poole. See omakorda võib isoleerida ühiskonnast kõige madalama sissetulekuga inimesed, kellel kaoks sellisel juhul igasugune võimalus krediidi juurde pääseda.²³ Käenduse kasutamise piiramine ning liialt kerge võimalus käenduskohustusest vabaneda võivad vähendada ka väikeettevõtete krediidivõimekust,²⁴ kuna läbimõtlematud

¹⁸ Välisriigi krediidasutuste filiaalid. Arvutivõrgus. Kättesaadav: <http://www.fi.ee/index.php?id=537>. 25.04.2010.

¹⁹ KredEx tutvustus. Arvutivõrgus. Kättesaadav: <http://www.kredex.ee/kredexist/>. 04.05.2013.

²⁰ R. Parry. The Position of Family Sureties within the Framework of Protection for Consumer Debtors in European Union Member States. European Review of Private Law 3, 2005, lk 360.

²¹ R. Parry. (viide 20), lk 360.

²² R. Parry. (viide 20), lk 360.

²³ M. Kenny. Standing Surety in Europe: Common Core or Tower of Pabel. Modern Law Review. Volume 70, March 2007, lk 182.

²⁴ L. Kähler. Decision-Making about Suretyships under Empirical Uncertainty- How Consequences of Decisions about Suretyships Might Influence the Law. European Review of Private Law 3, 2005, lk 334.

otsused võivad vähendada tulevikus sarnaste ettevõtete krediitvõimekust.²⁵ Ühtlasi pole ülelaenamine riikides, kus on kõrged käendaja kaitsestandardid kadunud, vaid probleemid on transformeerunud kõrgete hüpoteekidega seotud kulutuste ning käenduse lisatagatisena kasutamise kombineerimisel tekkivateks probleemideks.²⁶ Seega on võimalik, et ülemäärase kaitse ning liigse reguleerimise tulemusena kaitstakse väikest osa käendajatest, kuid tegelikkuses ei võimalda see väga paljudel isikutel laenu saada. Samas tuleb väidab L. Kähler, et ülereguleerimine on kindlasti positiivsem kui käendaja vähene kaitse ning tugeva emotsionaalse surve all sõlmitud käenduste õiguspäraseks tunnistamine,²⁷ mistõttu on efektiivsete kaitsemeetmete loomine äärmiselt vajalik.

1.2 Võlausaldaja käenduslepingus

Käenduslepingu sõlmimisega tekib spetsiifiline võlasuhe VÕS § 142 lg 1 alusel, millega üks isik (käendaja) võtab endale kohustuse kolmanda isiku (põhivõlgnik) kohustuste nõuetekohase täitmise eest võlausaldajale. Käendus on seega leping, mis sõlmitakse käendaja ja võlausaldaja vahel ning mis on seotud võlasuhtega, kus osaleb ka põhivõlgnik. Võlaõigusseaduse kommentaaride kohaselt on käenduslepingu sõlmimise põhjuseks alati teatav käendaja ja põhivõlgniku vaheline suhe, mille tulemusena on käendaja valmis põhivõlgniku kohustust käendama. Kui üldiselt võiks sellisele suhtele kohaldada käsunduslepingu sätteid, siis käendaja ja põhivõlgniku vahelise äärmiselt lähedase suhte puhul ei saa nendevahelist kokkulepet vaadelda juriidilise lepinguna. Sisesuhe võib olla käsitletav nn sõbrasuhtena või lähedussuhtena laste, vanemate, partnerite või abikaasade vahel.²⁸ Kuigi käendusleping ise on sellest sisesuhtest vastavalt VÕS § 142 lg-le 4 sõltumatu, võib lähedaste suhete olemasolu käendaja ja võlgniku vahel olla aluseks käendaja piiratud võimalusele otsustada, kas sõlmida käendusleping või mitte.

Panga positsioon käenduslepingu sõlmimisel on kindlasti tunduvalt tugevam kui lepingu teisel poolel, sest professionaalne laenuandja omab informatsiooni nii põhivõlgniku kui ka käendaja majandusliku seisuga ning käenduslepinguga kaasnevate riskide kohta. Samuti omab

²⁵ L. Kähler. (viide 24), lk 338.

²⁶ M. Kenny. (viide 23), lk 196.

²⁷ L. Kähler. (viide 24), lk 346.

²⁸ P. Varul, I. Kull, V. Kõve, M. Käerdi (koost). Võlaõigusseadus I. Üldosa (§§ 1-207). Kommenteeritud väljaanne. Tallinn, 2006, lk 494-495.

võlausaldaja organisatsioonilist ning tehnilist kontrolli lepingutingimuste ja sisu osas.²⁹ Kui üks tehingupool on teisest tehingute tegemisel tunduvalt kogenum ning tal on erinevalt teisest poolest juurdepääs olulisele informatsioonile, ei saa enam rääkida enesemääramise vabadusest, kuivõrd vaba tahte kujunemiseks vajalik kogemus ja informatsioon ühel poolel puuduvad.³⁰

Vastavalt krediidasutuste seaduse § 89 lg-le 1 on krediidasutuse klient iga isik, kes kasutab või on kasutanud krediidasutuse poolt pakutavat teenust, või isik, kes on krediidasutuse poole pöördunud teenuse kasutamise eesmärgil.³¹ Krediidasutuste seadus kaitseb kõiki panga kliente, olenemata sellest, kas tegemist on tarbijaga, füüsilise isikuga või juriidilise isikuga. Kui krediidasutuste poolt sõlmitud lepingutes on kliendi kaitse tagatud seadusega (VÕS, krediidasutuste seadus), siis laenuteenust pakkuvate äriühingute puhul, kes krediidasutuste tunnustele ei vasta, on käendaja kaitsmine tunduvalt raskendatud. Laenuteenuste pakkujad on sageli ka agressiivsemad reklaamikampaaniate korraldamisel ning laenuotsususte tegemisel mõjutamisel muude vahenditega. Piirates laenuandjate tegevust seaduses sätestatud kohustuste või kitsendustega nõrgema poole kaitse-eesmärgil, võib lepinguvabadus teatud suhetes olla oluliselt kitsendatud. Majandustegevuse piiramisel ühes liikmesriigis võib piiratud teenuse pakkumine liikuda teise liikmesriiki, kus piirangud on nõrgemad või puuduvad üldse.

Ühise siseturu toimimisel peaks liikmesriikides kehtivad piirangud olema võimalikult ühetaolised, et vältida põhjendamatu takistusi ja kitsendusi. Üheks Euroopa Liidu ühisturu toimimise aluspõhimõtteks on lepinguvabaduse põhimõte.³² Lepinguvabadus eeldab, et lepingupooled omavad võrdset võimalust lepingu sisu mõjutada ja just sellisel eeldusel ka Euroopa suured tsiviilkoodeksid³³ algselt põhinesid. Kuivõrd aga tegelik kauplemine lepingupooltel ei ole ole võrdne, sisaldab tänapäeva eraõigus mitmeid mehhanisme, mille eesmärk on tagada nõrgema poole kaitsevajadused. Nii on eraõiguse probleemiks täna optimaalse vahekorra leidmine lepinguvabaduse ning nõrgema lepingupoole kaitse vahel, kaldudes pigem nõrgemale lepingupoolele tugevama kaitse ja inimväärikuse kaitsmise

²⁹ V. Roppo. From Consumer Contracts to Asymmetric Contracts. *European Review of Contract Law* 3, 2009, lk 315.

³⁰ P. Pülow. *Recht der Kreditsicherheiten. Sachen und Rechte, Personen. Ein Lehrbuch.* 4. Aufl. Heidelberg, 1997, lk 199.

³¹ Krediidasutuste seadus. Vastu võetud 09.02.1999. Jõustunud 1.07.1999. RT I 1999, 23, 349.

³² M. Hesselink leiab, et erinevused kohustuslikes normides võivad olla takistuseks Euroopa Liidu ühisturu toimimisel. Vt: M. W. Hesselink. *The Structure of the New European Private Law.* Available: www.ejcl.org/64/art64-2.pdf. 04.05.2013, lk 17.

³³ M. W. Hesselink. (viide 32), lk 18-19.

poolele.³⁴ Nõrgema poole kaitse ei seonu aga ainult tarbijalepingutega, sest lepingute sisu kujundamise ja lepinguliste suhete mõjutamisel võivad nõrgemaks pooleks osutada ka ettevõtjad või pooled nn tavalistes füüsiliste isikute vahel sõlmitud lepingutes.³⁵ Lepinguvabadus peaks olema aga eraõiguse põhiprintsiip, mille piiramine peab olema põhjendatud.³⁶ Käenduse puhul on lepinguvabaduse piiramine õigustatud olukorras, kus käenduskohustus võetakse sõltuvussuhte tõttu põhivõlgnikust. Kui panga töötaja palub käenduslepingule alla kirjutada, võib isiku vabadus lepingut sõlmida olla piiratud³⁷ perekondlike sidemete tõttu ja seega sekkumine lepinguvabadusse ka õigustatud.

Pangasisesed regulatsioonid nõuavad töötajatelt käendajate tausta kontrollimist. Selleks kasutatakse internetipõhised andmebaasid ning registreid, mis sisaldavad informatsiooni käendaja varast, sissetulekutest, tööhõivest, majanduslikust aktiivsusest ja võlgadest.³⁸ Internetipõhiste andmebaaside kasutamine aitab vähendada panga riske potentsiaalse käendaja maksevõimekuse kontrollimisel. Küll aga ei küsi pangad põhivõlgniku ning käendaja vahelise suhte olemuse kohta.³⁹ Käendaja majandusliku tausta kontrollimine ei anna aga teavet käendaja ja põhivõlgniku vahelise suhte kohta, kuna sellekohaseid küsimusi käenduslepingu sõlmimisel ei esitata, mistõttu potentsiaalse sõltuvussuhte tuvastamine võib olla raskendatud.

Lisaks pankadele on laenude tagamine käendusega võimalik ka eraisikute vahelises suhtes ning ettevõtete omavahelistes suhetes. Kuigi Eesti õiguses ei ole käenduslepingu teist poolt reguleeritud, st seadus ei piira tarbijakäenduslepingu sätete kohaldamist tulenevalt lepingu teise poole seisundist lepingus, siis võiks siinkohal vaadata Euroopa mudelseaduste poole. PECLi Art 4:101 (2) alapunktis (a) on sätestatud, et tarbijasätted käenduslepingu sõlmimisel ei kohaldu, kui võlausaldaja on samuti tarbija. PECLi kommentaaride kohaselt on põhjuseks seisukoht, et sellisel juhul ei peaks käendajat kaitsma, kuna võlausaldaja ja käendaja on sellises suhtes võrdsel positsioonidel, olles mõlemad „nõrgemad“ lepingupooled. Antud põhimõte on kooskõlas ka nõrgema lepingupoole kaitse teooriaga- kui lepingu poolte vahel puudub ebavõrdsus, siis ei ole mõeldav „nõrgema“ kaitsmine.⁴⁰ Samas on Eesti seadusandja

³⁴ A. Colombi Ciacchi. Non-Legislative Harmonisation of Private Law under the European Constitution: The Case of Unfair Suretyships. *European Review of Private Law* 3, 2005, p 288.

³⁵ I. Kull. Protection from Unfair Suretyship under Estonian Law. In: I. Kull (ed). *Development of Estonian Contract and Company Law in the Context of the Harmonized EU Law I. EFT Project: New lex mercatoria and codification of global commercial law: theoretical problems and legal practice in the context of development of Estonian commercial law*. Tartu, 2007, p 114.

³⁶ G. Monti. Consumer Acquis and Competition Law. *European Review of Contract Law* 3, 2007, p 297.

³⁷ A. Colombi Ciacchi. (viide 34), lk 306.

³⁸ I. Kull. (viide 35), lk 98.

³⁹ I. Kull. (viide 35), lk 103.

⁴⁰ U. Drobnig (prep). *Principles of European Law. Study Group on a European Civil Code. Personal Security (PEL Pers. Sec.)*. Oxford University Press, Inc. New York, 2007, p 382.

eemaldunud tarbijakesksest mõistest ning asunud tarbijakäenduse näol kaitsma kõiki füüsilisi isikuid, mistõttu võiks grammatilise tõlgendamise teel leida, et kõikidel juhtudel, kui käendaja näol on tegemist füüsilise isikuga, on käendaja kaitstud tarbijakäenduse sätetega, mistõttu on füüsilisest isikust võlausaldajal samuti kohustus järgida tarbijakäenduse erisätteid ning arvestada võimalusega, et reegleid järgimata sõlmitud tehingud osutuvad tühiseks või käendaja poolt tühistatavaks.

Siiski on käenduslepingud valdavalt sõlmitud suhtes, kus võlausaldajal on tugevam positsioon. Fabrizio Cafaggi on loonud mõiste „hierarhilised lepingulised võrgustikud,“ mis tähendab, et turuvõimu ahelas, kus osapooltel on erinev õiguslik ja majanduslik võim, on ka ahela nõrgemate lülide puhul vajalik kaitse, et ahelas kõrgemal asetsevad ettevõtted oma võimu ei kuritarvitaks.⁴¹ Turujõu asümmeetria erinevatel tasanditel asuvate äriühingute vahel tingib nõrgemate kaitsevajaduse. Üldiselt on võlausaldaja käenduslepingus tugevamal positsioonil, kuna omab professionaalset teavet käendaja majanduslikust seisust ning käenduslepinguga kaasnevatest riskidest, mistõttu on autori arvates tarbijakaitseliste sätete kasutamise piiramine füüsilise isiku näol liiga kitsas. Seetõttu võiks käendajale laieneda eriline kaitse mitte ainult tarbijaõigusest, vaid üldisest nõrgema poole kaitse teooriast lähtuvalt, mille kohaselt peaksid kaitset saama ka ebavõrdsed B2B⁴² lepingud.

1.3 Käendaja positsioon laenulepingu poolte suhtes

1.3.1 Käendaja positsioon lepingulises suhtes

Majanduslike suhete keerukuse tõttu lepingulistest suhetes osalejad tihti ebavõrdses positsioonis, mistõttu on tänapäeval lepinguõiguse üheks põhimõtteks muutunud nõrgema lepingupoole kaitse. Nõrgema lepingupoole kaitsevajadused on olnud eelkõige Euroopa Liidu seadusandluse aluseks, mis direktiivide vormis on mõjutanud nii spetsiifilise tarbijakäenduse kui ka laiemalt tarbijakaitses arengut. Isikliku tagatisena on käendusleping Eesti õiguses defineeritud lepinguna, mille puhul käenduse mõiste käendajat subjektiliselt ei erista. VÕS § 142 lg 6 kaitseb käendajat kui lepingulise suhte nõrgemat poolt üldise keeluga sõlmida kahjulikke kokkuleppeid. Vastavalt VÕS § 143 lg 1 on tarbijakäendusleping käendusleping,

⁴¹ F. Cafaggi. Contractual Networks and the Small Business Act: Towards European Principles? EUI Working Papers Law 15, 2008, lk 27. Viidatud: V. Roppo. (viide 29), lk 313.

⁴² Lühend B2B- business to business contracts. Juriidiliste isikute vahelised lepingud.

kus käendajaks on füüsiline isik. Tegemist on 05.04.2011 jõustunud sättega, millega muudeti tarbijakäenduse piiritlemine vaid tarbijast käendajaga laiemaks ning tarbijakäenduse puhul rakendatavad spetsiifilised kaitsesätted (VÕS § 143 lg 2 seab maksimumsumma, VÕS § 144 lg 2 piirangud vormile) laienevad kõigile füüsilisest isikust käendajatele.

Kuigi VÕS § 34 sätestab, et tarbija on võlaõigusseaduse tähenduses on füüsiline isik, kes teeb tehingu, mis ei seonu iseseisva majandus- või kutsetegevuse läbiviimisega, on varasemalt palju kõneainet tekitanud juriidiliste isikute juhatuse liikmete poolt sõlmitud käenduslepingud. Riigikohtu varasem praktika lähtus eeldustest, mille puhul juhatuse liige, sõlmides äriühingu kohustuste tagamiseks lepingu, tegutses eeldatavasti majandus- ja kutsetegevuses ning vaid juhul, kui äriühingu juhatuse liige oleks sõlminud tagatislepingu igal juhul, ei saanud lepingu sõlmimist seostada tema majandus- või kutsetegevusega.⁴³ Praegusel hetkel on tarbijakaitse sätetega kaitstud kõik füüsilised isikud, kes käenduslepinguid sõlmivad. Seega on käendaja kaitse ulatust laiendatud ning olenemata lepingu eesmärgist, on kõik füüsilised isikud käendajatena teatavate protseduuriliste reeglitega kaitstud. Selline lähenemine on kindlasti põhjendatud, kuna lepingu sõlmijaks on füüsiline isik, kes lähtub oma otsuste tegemisel samasugusest informatsiooni hulgast, olenemata, kas ta tegutseb majandus- ja kutsetegevuses või käendab oma lähedase laenu.

Käendusleping hõlmab kolme osapoolt ning tekib küsimus, miks haaratakse lepingusse rohkem osapooli, kui laenuandja puhul otsene asjaõiguslik tagatis oma kindla väärtusega on kindlasti relevantsem ning kindlam. Vastus sellele võib peituda A. Colombi Ciacchi ja S. Weatherilli arvates võlausaldaja ja põhivõlgniku vahelise informatsiooni asümeetrias, mille puhul käendaja on isik, kes võlausaldaja jaoks selle lünga täidab.⁴⁴ Rohkem kui kahe poole sidumine lepinguga annab lisaeelise, kui laenusaja ning käendaja panustavad tehingusse erineva, kuid täiendava informatsiooniga.⁴⁵ Lisaks sellele võib käenduse seadmine olla motiveerivaks teguriks põhivõlgnikule, kes püüab oma kohustuse täita parimal võimalikul viisil, kuna vastasel juhul pereliikmed kannatavad.⁴⁶ Kindlasti on mõjutavaks teguriks ka asjaolu, et asjaõiguslike tagatiste puhul on puuduseks kõrged tehingukulud (notaritasud), mistõttu isiklik tagatis on väikelaenu puhul kindlasti lihtsam ning võlausaldajale

⁴³ Vaata lähemalt: Riigikohtu tsiviilkolleegiumi 23.03.2006 otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-8-06, Riigikohtu tsiviilkolleegiumi 8.11.2009 otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-126-09, Riigikohtu tsiviilkolleegiumi 15.01.2007 otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-89-06.

⁴⁴ A. Colombi Ciacchi. S. Weatherill. Regulating Unfair Suretyships in Europe: Methodology of a Comparative study. In: A. Colombi Ciacchi. S. Weatherill (eds). Regulating unfair banking practices in Europe: the Case of Personal Suretyships. Oxford University Press 2010, lk 8.

⁴⁵ A. Colombi Ciacchi. S. Weatherill. (viide 44), lk 11.

⁴⁶ P. Rott. Germany. In: A. Colombi Ciacchi. S. Weatherill (eds). Regulating unfair banking practices in europe: the Case of Personal Suretyships. Oxford University Press 2010, lk 256.

majanduslikult efektiivsem. Seetõttu peakski käenduse sätete eesmärgiks olema krediidiandmise võimaldamine võimalikult madalate tehingukuludega. Oma olemuselt ongi käendusleping tugevalt tasakaalust väljas ning käendaja ei omanda selle lepinguga tavapäraselt mingeid õigusi. Õiguste-kohustuste suhte poolest on käendusleping võrreldav kinklepinguga,⁴⁷ mille puhul samuti üks pool tehingust otsest majanduslikku kasu ei saa. Lõpuks tuleb leida tasakaal põhivõlgniku ning võlausaldaja huvide kaalumisel ning tugevdades käendaja positsiooni lepingus, on ka põhivõlgniku ja käendaja huvide vahekord paremas tasakaalus.⁴⁸ Põhireegliks tuleks siiski lugeda, et isikud on vabad astuma lepingulistesse suhetesse, kuid kindlasti tuleb kaaluda potentsiaalse käendaja ning võlausaldaja huve võrreldes tegeliku käendaja võimalusega lugeda käendus heade kommetega vastuolus olevaks⁴⁹ juhul, kui tegemist on käendaja positsiooni ärakasutamisega.

Eesti õigussüsteemis on sõltuvussuhtes sõlmitud tehingu heade kommetega vastuolus olevaks võimalik TsÜS § 86 lg 2 järgi tunnistada siis, kui pool teab või peab teadma tehingu tegemise ajal, et teine pool teeb tehingu tulenevalt oma erakorralisest vajadusest, sõltuvussuhtest, kogenematusel või muust sellisest asjaolust ja kui tehing on tehtud teise poole jaoks äärmiselt ebasoodsatel tingimustel või pooltele tulenevate vastastikuste kohustuste väärtus on heade kommete vastaselt tasakaalust väljas. Kui esineb viimati nimetatut (tehingust pooltele tulenevate vastastikuste kohustuste väärtus on heade kommete vastaselt tasakaalust väljas), siis eeldatakse TsÜS § 86 lg 3 järgi, et pool teadis või pidi teadma teise poole erakorralisest vajadusest, sõltuvussuhtest, kogenematusel või muudest sellistest asjaoludest.⁵⁰

1.3.2 Käendaja kaitsevajadus

Praegused kontrollmehhanismid nii võlaõigusseadusest kui ka võlausaldajate siseregulatsioonist ning krediidiasutuste seadusest tulenevalt kaitsevad käendajat protseduuriliste rikkumiste eest. Küll aga ei aita regulatiivne käendaja kaitse juhtudel, kus käendaja positsiooni lepingus kasutatakse ära. I. Kull on leidnud, et lepinguõiguses ei tohiks olla valdkondi, mille puhul on kaitstud vaid liberaalne lepinguvabaduse traditsioon ning mille puhul teised põhimõtted on seetõttu piiratud.⁵¹ Ka Eesti seadusandja on leidnud, et riigipoolsed lisakulutused täiendavate kontrollmehhanismide kujundamiseks ja

⁴⁷ Tartu Maakohtu 6.09.2011 otsus tsiviilasjas nr 2-09-5581.

⁴⁸ S. van Erp. Surety Agreements and the Principle of Accessory- Personal Security in the Light of a European Property Law Principle. European Review of Private Law 3, 2005, lk 318.

⁴⁹ L. Kähler. (viide 24), lk 354.

⁵⁰ Riigikohtu tsiviilkolleegiumi 15.06.2011 otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-48-11, p 8.

⁵¹ I. Kull. (viide 35), lk 116.

ülalpidamiseks võiksid olla välditavad, kasutades olemasolevaid õiguste realiseerimise süsteeme- kohtusüsteem,⁵² Tarbijakaitseamet. Sellist lähenemist on toetanud ka välisriikide õigusteadlased. A. Colombi Ciacchi on leidnud juba 2005. aastal, et liikmesriikide suund peaks olema läbi kohtupraktika tugevdada käendaja kaitset ning kõikide Euroopa Liidu liikmesriikide käendajate ühetaoline kaitse samalaadsetes olukordades.⁵³ Tähtis on, et kohtud jõuaksid sarnastele lahendustele, vaatamata sellele, milliseid norme, doktriine või protseduure nad juhtumi lahendamiseks kasutavad.⁵⁴ Samas peab sellise lähenemise puhul mõnna, et lahenduste leidmine on aeglane ning realiseerub alles siis, kui käendajad on oma õigustest teadlikud ning asuvad neid aktiivselt kaitsma. Isegi täiesti ühtlustatud põhimõtted võivad A.Colombi Ciacchi arvates viia liikmesriikides erineva kaitsestandardini, kuna igal riigil on oma õiguskaitsevahendid ning kohtupraktika,⁵⁵ mida pole aga võimalik täielikult ühtlustada, kuna kohtupraktika sõltub paljuski ka sellest, milliseid juhtumeid analüüsitakse ning mida kohtu ette tuuakse ning toob kaasa õiguskindluse vähenemise ning suurenenud kulutused kohtuprotsessile. Lisaks sellele võib G. Monti arvates olla küsitav, kas juriidiline organ on pädev otsustama, kas pankade laenuitingimused on avalikest huvidest lähtuvalt mõistlikud, süvenemata protseduuridesse, mille alusel selline laenupoliitika on aktsionäride poolt koostatud.⁵⁶ Siiski võib üldiselt leida, et vaatamata sellisele radikaalsele kriitikale, on kohtusüsteemi roll käenduslepingute heade kommetega vastuolus olevaks tunnistamisel äärmiselt oluline, kuid juhtumite analüüsimise ajamahukus ning individuaalsus ning ebakindlus pankade jaoks viivad jälle eelpool mainitud probleemini, mille puhul majanduslikult vähem kindlustatutel on väiksemad võimalused jõudmaks krediidini ning lisaks sellele on nad ka kohtuliku kaitse situatsioonis haavatavamad, kuna kohtukulud ning potentsiaalne ebakindlus lahendis võivad osutada sellisteks, mille puhul pigem välditakse kohtuliku kaitse kasutamist, mistõttu ei saavuta mehhanism soovitud resultaati käendajate kaitsel.

K. Heine ja R. Janal on leidnud, et Euroopa Liidu liikmesriikides, mis on liitunud pärast 2004.aastat (sh ka Eesti), on heade kommete vastasus käenduslepingus pälvinud võrdlemisi vähest tähelepanu.⁵⁷ Seisukohta toetab ka I. Kull, kes on 2007. aastal leidnud, et ebaõiglane käendusleping tarbijast käendajaga ei ole Eesti kohtupraktikas ja õigusosalases kirjanduses

⁵² Tsiviilseadustiku üldosa seaduse ja võlaõigusseaduse muutmise seaduse eelnõu seletuskiri. (viide 2).

⁵³ A. Colombi Ciacchi. (viide 34), lk 308.

⁵⁴ M. Kenny. (viide 23), lk 196.

⁵⁵ A. Colombi Ciacchi. (viide 34), lk 296.

⁵⁶ G. Monti. (viide 36), lk 312.

⁵⁷ K. Heine. R. Janal. Suretyships and Consumer Protection in the European Union through the Glasses of Law and Economics. In: A. Colombi Ciacchi. S. Weatherill (eds). Regulating unfair banking practices in Europe: the Case of Personal Suretyships. Oxford University Press 2010, p 6.

probleemiks.⁵⁸ Ta pole kindel, kas Eesti kohtud vabastaksid käendaja oma kohustusest, kui käendus oma olemuselt ületab võimet käenduse eest tasuda. Küll aga võib lahendus olla teistsugune, kui käendaja on sõltuvuses, tal puudub tegelik võim lepingus ning kohustus kätkeb endas suurt koormat terveks edasiseks eluks.⁵⁹ Siiski on käesolevaks hetkeks välja pakutud teoreetiline tingimuslik võimalus mõnevõrra muutunud ning järjest rohkem viidatakse kohtus käenduse heade kommete vastasusele seoses sõltuvussuhte ärakasutamisega. Siiski pole meil välja kujunenud kohtupraktikat, mis tooks välja eeldused sõltuvussuhtes sõlmitud käenduslepingu heade kommete vastaseks tunnistamiseks vastavalt TsÜS §-le 86. Õiguse ülesanne on leida töötav ning teataval määral etteennustatav meetod ebaõigluse tuvastamiseks. Kuna paljud käenduslepingud erinevad vormi ning mahu poolest, samuti on käendajad erinevas suhtes põhivõlgnikuga, on ebaõigluse aluseks olevate tegurite hindamine keeruline.⁶⁰ Nagu eelnevalt mainitud, siis M. Vuti arvates võib TsÜS § 86 vähese kohaldamise põhjuseks lugeda asjaolu, et tõendamata oli tehingu tegemine sundolukorras.⁶¹ Seega ei oska käendajad sõltuvussuhte olemust välja tuua, et see kohtu seisukohast oleks piisav alus käenduse heade kommetega vastuolus olevaks tunnistamiseks. Vaadates käenduslepingut kui vaid majanduslikku tehingut, vajame me Inglismaa ning Saksamaa eeskujul reaalsuskontrolli, kas õiguskord suudab pakkuda majanduslikult efektiivset käenduslepingu regulatsiooni⁶², mis sisaldab endas ka õiglast lahendust selle kolmnurksuhte pooltele.

Käenduslepingu puhul on käendaja tihti positsioonis, kus teeb enda jaoks kahjuliku otsuse, mistõttu on käendajate kaitse ning nende valikuvõimaluste reguleerimine ja piiramine põhjendatud.⁶³ Käendaja huvi põhivõlgniku kohustuse täitmise osas ei tulene mitte ainult käenduslepingu olemusest ja võimalikust tekkivast majanduslikust kohustusest, vaid sisaldab üldist soovi parandada põhivõlgniku olukorda, toetada tema õpinguid, äriideed või üldist majanduslikku olukorda. Sellisel juhul käendab isik kaalumata käenduse tagajärgi- inimene tahab toetada põhivõlgnikku igal juhul, olenemata enda majanduslikust võimekusest.

Kindlasti on otsuste tegemisel suur rolli informatsioonil, mille valguses otsuseid tehakse. Informeeritud käendaja on isik, kes lepingut sõlmides on teadlik majanduslikest ning õiguslikest tagajärgedest ning pärast lepingu sõlmimist on olukorras, kus tal on õigus saada

⁵⁸ I. Kull. (viide 35), lk 99.

⁵⁹ I. Kull. (viide 35), lk 116.

⁶⁰ A. Colombi Ciacchi. S. Weatherill. Remarks from Comparative and EU Perspective. In: A. Colombi Ciacchi. S. Weatherill (eds). *Regulating unfair banking practices in Europe: the Case of Personal Suretyships*. Oxford University Press 2010, lk 27.

⁶¹ M. Vutt. (viide 7), lk 25.

⁶² K. Heine. (viide 57), lk 7.

⁶³ K. Heine. (viide 57), lk 13.

informatsiooni, kui põhivõlgniku majanduslik olukord halveneb, mis võimaldab käendust piirata.⁶⁴ Käenduse andmises sisaldub iseenesest risk arvestada asjaoluga, et põhivõlgniku maksevõime võib ajas muutuda,⁶⁵ kuna tegemist on isiklikult antud lubadusega tagada laenu tagasimaksmist.⁶⁶ Kuna põhivõlgnik omab lepingu põhielementide osas tehnilist ja organisatsioonilist kontrolli,⁶⁷ siis on võlausaldaja poolt oluline käendajale selgitada, et käendus pole pelgalt formaalsus ning käendusjuhtumi reaalse saabumisega peaks arvestama iga käendaja.

Tulenevalt käenduslepingu kolmiksuhte iseloomule, liigub informatsioon võlausaldajalt põhivõlgnikule ning seejärel käendajale, mis näib endas kätkevat eeldust, et käendaja on põhivõlgniku lähedane isik, kelle puhul lähedane suhe annab võimaluse saada otsest informatsiooni. See eeldus ei kehti aga juhul, kui käendaja, olenemata lähedasest perekondlikust suhtest, käendab kohustusi, mis on seotud ärilise tegevusega.⁶⁸ Käendaja ei pruugi lihtsalt mõista, mis on kaalul, või on täielikult teadlik, kui ebamõistlik tehing on, kuid sellegi poolest tunneb end piisavalt mõjutatult, et aktsepteerida tehing vaatamata riskidele. Samuti võib A. Colombi Ciacchi ja S. Weatherilli arvates igasugune mõjutamine puududa, kuid käendaja võib tehingut võtta kui koormat õlgadel, mis tuleb tasuda selleks, et säilitada harmoonia perekonnas, töötajana hoida ettevõtte tegutsemas ja säilitada töökoht.⁶⁹ Kitsast majanduslikust perspektiivist lähtuvalt võib see olla ebaratsionaalne, kuid just seetõttu vajavadki käendajad erilist kaitset, kuna otsuste tegemisel ei lähtu nad tihti majanduslikest kaalutlustest, mis võib viia huve kahjustavate tagajärgedeni.⁷⁰

Seetõttu võiks autori arvates käendaja kaitse võimalus sõltuda kohtu diskretsioonist ning olla vaadeldav igal üksikjuhul eraldi, mis annab võimaluse küll tugeva sõltuvussuhtes sõlmitud käenduslepingust vabaneda, kuid teisalt jätab alles võimaluse isikutel krediidini jõuda ning oma võimeid hinnates ka juhul, kui põhivõlgnik oma kohustust ei täida, see ka täita.

⁶⁴ F. Fiorentini. Italy. In: A. Colombi Ciacchi. S. Weatherill (eds). *Regulating unfair banking practices in Europe: the Case of Personal Suretyships*. Oxford University Press 2010, lk 373.

⁶⁵ Harju Maakohtu 14.03.2011 otsus tsiviilasjas nr 2-10-41161.

⁶⁶ I. Kull. (viide 35), lk 93.

⁶⁷ V. Roppo. (viide 29), lk 315.

⁶⁸ F. Fiorentini. (viide 64), lk 374.

⁶⁹ A. Colombi Ciacchi. (viide 60), lk 27-28.

⁷⁰ A. Colombi Ciacchi. (viide 60), lk 28.

1.3.3 Käendaja õigus saada teavet

Seoses tehniliste vahendite arenguga, pole käenduslepingu sõlmimiseks vajalik pank minna, mistõttu muutub lepingueelse informatsioonikohustuse täitmine keeruliseks. Selleks, et käendaja teeks ratsionaalse otsuse, peaks ta olema teadlik potentsiaalsetest riskidest ning mitmekülgsest informeeritud käendusega tekkivatest kohustustest. Tegemist on käendaja protseduurilise kaitsega. Kuna käenduslepingu puhul on tarbijateks kõik füüsilised isikud, võib informeeritud käendaja osas tuua paralleeli keskmise tarbija mõistega, kes Euroopa Kohtu lahendi C-210/96 kohaselt on hästi informeeritud, keskmiselt valvas ja tähelepanelik.⁷¹ Majandus- ja kutsetegevuses tegutseva krediidiandja ning käendaja vahelise jõuvahekorra puhul peab tõdema, et ettevõtjal on käendaja ees eelised ning seda eelkõige käendajale edastatava informatsiooni osas. Esiteks valdab ettevõtja teenusega seotud tehnilist informatsiooni, mis võimaldab kliendi valikuid suunata ning teiseks võib osundada majanduslikule ja õiguslikule üleolekule, mis tingib tarbija kaitsetuse taoliste lepingute sõlmimisel.⁷² Seega sõltub potentsiaalne käendaja informatsioonist, mida krediidiandja talle pakub. Vastavalt võlaõigusseaduse kommentaaridele loetakse nüüdisaegses lepinguõiguses teavitamiskohustuse tekkimise oluliseks tingimuseks teabe vajaduse ning olulisuse objektiivset äratuntavust, võttes arvesse lepingu olemust ja eesmärki, lepingupoolte positsiooni ning poolte omadusi (näiteks eriteadmiste või vastava kogemuse ning ettevalmistuse olemasolu).⁷³ Siiski on informeerimiskohustus muutumas mõnevõrra kontrollimatuks, kuna informatsiooni hulk ja tase erineb lepingute ja osalevate isikute osas, kas tegemist on kohustusega informeerida, nõustada, hoiatada.⁷⁴ Käenduslepingu puhul tingib poolte ebavõrdsus erineva juurdepääsu olulisele teabele – näiteks ei pruugi potentsiaalne käendaja omada põhilepingut, mille suhtes tulevane kohustus on aktsessoorne ning teabe andmine on seotud nii nõustamise kui ka riskide eest hoiatamisega.

Potentsiaalses sõltuvussuhtes sõlmitud käenduslepingu puhul on informatsiooni jagamine ülimalt vajalik. DCFRi artikkel 4:103 sätestab spetsiifilise lepingueelse informatsioonikohustuse, mille kohaselt on võlausaldajal kohustus vastavalt olemasolevale informatsioonile enne käenduslepingu sõlmimist selgitada tulevasele käendajale käendusega

⁷¹ Kohtuotsus C-210/96 (Gut Springenheide GmbH, Rudolf Tusky v Oberkreisdirektor des Kreises Steinfurt-Amt für Lebensmittelüberwachung), 16.07.1998, ET I-04657, p 31.

⁷² G. Paisant. Tarbijaõigused Euroopa Ühenduses. Õppematerjal kohtunikele 2004. Loengud Tartus 3.-5. märtsil ja 21.-23. aprillil 2004. Sihtasutus Eesti õiguskeskus, Tartu 2005. Lk 9.

⁷³ P. Varul. (viide 28), lk 60.

⁷⁴ B. Fages. Pre-contractual Duties in DCFR. European Review of Contract Law 3, 2008, lk 309.

seotud üldist mõju ning erilisi riske, mis võivad avalduda.⁷⁵ Juhul, kui on alust arvata, et põhivõlgniku ja käendaja vahelise usaldusliku suhte tõttu on suur risk, et käendaja ei tegutse vabalt ning ei oma adekvaatset informatsiooni, on võlausaldajal kohustus tagada, et käendaja saaks sõltumatut nõustamist.⁷⁶ Samas on sellise kohustuse puhul keeruline mõista, millises ulatuses ning kui detailne peab informatsioon olema ning kuidas käendajal on võimalik tugineda kohustuse mittetäitmisele.⁷⁷ Eesti õiguses pole käendaja informeerimiskohustus täpselt määratletud ning seetõttu tuleks vaadata VÕSi üldosa poole. Lepingueelse informeerimiskohustuse sätestab VÕS § 14 lg 2, mille kohaselt peab lepingueelseid läbirääkimisi pidav või muul viisil ettevalmistav isik teisele poolele teatama kõigist asjaoludest, mille vastu teisel poolel on lepingu eesmärki arvestades äratuntav oluline huvi. Neist asjaoludest, mille teatamist teine pool ei saa mõistlikult oodata, ei pea teatama. Siiski säilib küsimus, milline on käendaja jaoks vajalik informatsioon, kuna informatsiooni ulatus pole samuti seadusega sätestatud. D. Freivald leiab, et vastavalt VÕS § 6 sätestatud hea usu põhimõttele võiks eesmärgiks olla käendaja teadlik valik.⁷⁸

Vaatamata võlausaldaja teavitamiskohustusele, on ka lepingupoolel endal kohustus teavet hankida, et oma huve kaitsta.⁷⁹ Kuna võlausaldajad on käenduslepingu puhul enamasti suured finantsasutused, siis on selge, et pank püüab seatud kohustused täita tüüpitingimustele viidates. Sellisel juhul on aga A. Carrasco arvates vaieldav, kas kohustusliku informatsioonikohustuse panemine on adekvaatne lahendus juhul, kui lepingu sõlmimisel esineb tahtepuudus.⁸⁰ Seega on küsitav, kas käendaja kohustus ise teavet hankida on adekvaatne ning ei koorma isikut liigselt. Näiteks on krediidasutuste seaduse § 83 lg 3¹ kohaselt krediidasutus kohustatud informeerima klienti võimalikest ohtudest laenu võtmisel ning sama paragrahvi lg 5 sätestab, et krediidasutuse poolt sooritatavate tehingute või osutatavate teenuste loetelu, krediidasutuse ja kliendi vaheliste suhete üldtingimused, intressimäärad, teenustasud, samuti kõik muud muudatused eelloetletus peavad olema krediidasutuse operatsioonisaalis nähtavale kohale välja pandud. Kliendil on õigus nõuda nende kohta krediidasutuselt selgitusi. Selgituste andmine võib olla teataval määral seotud DCFRis sätestatud nõustaja kasutamise kohustusega, kuid antud juhul peab käendaja ise aktiivsust üles näitama ning küsitav on, kui pädev on käendaja arutlema seonduvate riskide ning potentsiaalse kohustuse üle. Siiski

⁷⁵ Bar, C. von., Clive, E. (ed.), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Full Edition. Volume III. Sellier, European Law Publishers, Munich, 2009

⁷⁶ A. Carrasco. The DCFR- Guarantee and Personal Security Contracts. European Review of Contract Law 3, 2008, lk 409.

⁷⁷ A. Carrasco. (viide 76), lk 409.

⁷⁸ D. Freivald. (viide 16), lk 547.

⁷⁹ P. Varul. (viide 28), lk 60.

⁸⁰ A. Carrasco. (viide 76), lk 409.

kasutavad krediidiasutused seadusega antud õigust kasutavad hoolega ära ning näiteks on SEB panga õppelaenu käenduse taotluse tüüptingimuste punktis 4 märgitud, et käesoleva taotluse allakirjutamisega kinnitab isik AS-ile SEB pank, et pank on isikut informeerinud, et üldtingimused on välja pandud panga teenindussaalides ja panga kodulehel ja isikul on võimalik nendega tutvuda.⁸¹ Kuna tehniliste arengute tulemusena ei tarvitse käendajal enam lepingu sõlmimiseks panka minna, on elektroonilise avalduse esitamisega leping sõlmitud ning pangal ja käendajal puudub otsene kontakt ning informatsioonikohustuse täidetuks lugemist sellistel tingimustel on raske tuvastada. Vastavalt PECLi kommentaaridele ollakse Euroopas siiski pigem arvamusel, et kuna isikute võimalused elektrooniliste vahendite kättesaadavuseks pole võrdsed, siis ei ole see lepingu sõlmimiseks piisav.⁸² Näiteks on BGB § 766 sätestatud, et käenduslepingu avaldus peab olema sõlmitud kirjalikus vormis ning avaldust ei tohi esitada elektroonilises vormis.⁸³ Samas peab siiski mõnna, et olulisimaks eraõiguse arengusuunaks peaks olema info- ning elektroonikaajastuga sammu pidamine⁸⁴ ning tundub, et hetkel on Eesti selles vallas Euroopas eesrindlik (TsÜS § 80 sätestab, et kirjaliku vormiga loetakse võrdseks tehingu elektrooniline vorm, kui seaduses pole sätestatud teisiti). Mida rangemad on vormilised nõuded käenduse sõlmimiseks, seda paremini võiks teoreetiliselt käendaja kaitstud olla, kuid õiguse areng peab siiski sammu pidama ühiskonna arenguga, mistõttu on elektrooniline vorm põhjendatud, kui suudetakse tagada ka teavitamine lepingust tulenevatest õigustest ja kohustustest.

Võlausaldaja peaks käendajat teavitama sõlmitava lepingu tagajärgedest juhul, kui ta teab või peab teadma, et käendaja võetava riski ulatust endale ei teadvusta või alahindab seda. Samuti ei tohiks A. Colombi Ciacchi arvates võlausaldaja vaikida juhul, kui talle on selge, et käendaja on tehingu tegemiseni viinud emotsionaalne sõltuvus põhivõlgnikust. Perekonlikes suhetes on isikul vähene valikuvõimalus,⁸⁵ mistõttu peaks professionaalne laenuandja käenduslepingu sõlmimisel juhtima käendaja tähelepanu lepingust tulenevatele riskidele, eriti kui on tegemist kogenematu ning põhivõlgnikust sõltuva käendajaga.⁸⁶ Samas peab silmas pidama, et mida keerulisem on pakutav teenus ning edastatav informatsioon, seda vähem tõenäolisem on, et tarbija tegutseb informatsiooni kasutades targalt ja läbimõeldult,⁸⁷ samuti on võimalik, et liigne informatsioon hoopis eksitab käendajat ning juhul, kui edastatav

⁸¹ SEB õppelaenu käenduse taotlus. Arvutivõrgus. Kättesaadav: http://www.seb.ee/files/oppelaen/kaenduse_taatlus.pdf. 04.05.2013.

⁸² U. Drobnig. (viide 40), lk 415-416.

⁸³ BGB. Arvutivõrgus. Kättesaadav: http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#BGBengl_000P13. 04.05.2013.

⁸⁴ M. W. Hesselink. (viide 32), lk 22.

⁸⁵ A. Colombi Ciacchi. (viide 34), lk 297.

⁸⁶ D. Freivald. (viide 16), lk 547.

⁸⁷ A. Colombi Ciacchi. (viide 60), lk 32.

informatsioon on liiga keeruline, pole käendaja jaoks vahet, kas informatsioon on saadaval krediitiasutuse kodulehel või panga teenindussaalides- keeruliste juriidiliste terminite puhul ei tea isik, kuidas neid hinnata⁸⁸ ning millised on relevantssed potentsiaalsed riskid. O. Ben-hahari arvates peaks juhul, kui tingimus on liiga keeruliselt sõnastatud ning raskesti arusaadav, peaks eelduseks olema mitte see, et isik on tingimust lugenud, vaid see, kuidas mõistaks tingimust mõistlik isik, kes pole tingimusega tutvunud.⁸⁹

Käenduslepinguga kaasnevate riskide ning põhivõlgniku finantskohustuste mahu selgitamine annab käendajale ettekujutuse valmisolekust kohustust käendada. Samas peab nõustuma S. van Erpi seisukohaga, et informatsiooni olemasolu ei muuda lepingulist vahekordavõlausaldaja jääb siiski jõupositsioonile, kuna nii väiksemad äriühingud kui ka füüsilisest isikust tarbijad on suhtes suure finantsteenuste osutajaga alati majanduslikult ja sotsiaalselt nõrgemaks pooleks.⁹⁰ Seega on teavitamiskohustuse roll käendaja jaoks ülimalt vajalik, kuna aitab teha võimalikult adekvaatse ja ratsionaalse otsuse.

Lisaks sellele on informeerimiskohustus kohustuslik ja lepingu kehtivuse ajal vastavalt VÕS § 146 lg 1 sätestatud võlausaldaja kohustusele anda käendaja nõudel talle teavet põhivõlgniku kohustuse täitmise kohta. Võlaõigusseaduse kommentaaride kohaselt on eelkõige tegemist teabega, mis peaks näitama, kas võlgnik on oma kohustusi täitnud nõuetekohaselt või rikkunud ning milles rikkumine seisneb, millises ulatuses on kohustus täidetud ja millised kohustused on täitmata.⁹¹ Kahjuks on Eesti õiguses taoline võimalus ette nähtud vaid käendaja poolse aktiivsuse ülesnäitamisel, mistõttu tuleks infopäringu tegemise võimalusest tuleks kindlasti käendajat informeerida juba lepingu sõlmimise ajal. Siiski on nii mõneski Euroopa riigis teabe andmine käenduslepingu kehtivuse ajal vajalik sõltumata sellest, kas käendaja informatsiooni küsib. Näiteks on Prantsusmaal võlausaldajal kohustus anda käendajale teavet põhikohustuse suurusest, muudatustest ning intressidest, Itaalias aga on pangal kohustus edastada igal aastal käendajale selge ja täielik kirjalik ülevaade kohustuse arengust ning kohustus laieneb kõigile panga poolt sõlmitud käenduslepingutele.⁹² Seega pole oluline kas leping sõlmiti tarbija või juriidilise isiku poolt. Kuna käendajale ei tohiks tulla käenduskohustuse sissenõudmine üllatusena, siis võimaldaks taolise kohustuse sisseseadmine vältida viiviste ning leppetrahvide kogunemise. Kuna käendaja on üldjuhul põhivõlgnikule lähedalseisev isik, annaks see võimaluse käendajal ka teatavaid meetmeid vastu võtta, pidada

⁸⁸ O. Ben-Shahar. The Myth of „Opportunity to Read“ in Contract Law. European Review of Contract Law 1, 2009, lk 21.

⁸⁹ O. Ben-Shahar. (viide 88), lk 5.

⁹⁰ S. van Erp. (viide 48), lk 328.

⁹¹ P. Varul. (viide 28), lk 509.

⁹² U. Drobnig (viide 40), lk 431.

põhivõlgnikuga läbirääkimisi laenu hoolikama majandamise osas või aidata mõne osamakse tasumisel. Taoline käitumine sisaldab endas ka käenduse ideed võlausaldaja jaoks- jätta kohustuse tagamine kitsama isikute ringi ning võimaldada põhikohustuse hoolikam majandamine lähedaste abiga.

2. Perekondlik sõltuvussuhe käenduslepingus

2.1 Perekonnaliikmed käendajatena

Pangad annavad tihti laene tingimusel, et põhivõlgniku lähedane pereliige käendab laenu. Juhul, kui kohustus ületab pereliikme finantsvõimekust, viib põhivõlgniku maksejõuetus terve perekonna majanduslikku madalseisu. Pereliikmed sõlmivad tihti käenduslepingu teadmata, milliseid riske see endas kätkeb, näiteks võtavad käendajad enda kanda kohustuse, kuna kuna armastatud pereliige või pangatöötaja palub neil anda mingile lepinguvormile allkirja⁹³ ning ei põhivõlgnik ega ka võlausaldaja pole huvitatud andma käendajale põhjalikku lepingu finantsriskide analüüsi,⁹⁴ samuti võib perekonnaliige olla täielikult lepingut sõlmides teadlik riskidest, kuid perekonnaliikmel puudub valikuvõimalus,⁹⁵ kuna keeldumise korral on perekondliku suhte rikkumine võimalik tagajärg, mida kõik soovivad vältida. Kolmandaks puudub perekonnaliikmetel tihti majanduslik huvi ning perekondlik suhe võib olla käenduse sissenõudmise ajahetkel juba oluliselt muutunud (lahutus).⁹⁶ Perekondlike sidemete puhul põhjustab käendaja ning põhivõlgniku lähedus mõjutamist ning suhtes põhivõlgnikuga on käendaja nõrgemas positsioonis.

Heade kommete vastaseks peetakse eelkõige käenduslepinguid, mille on sõlminud pereliikmed, kelleks on põhivõlgniku abikaasa, lapsed, elukaaslane ja vanemad.⁹⁷ Sõltuvussuhe tehingupoolte vahel tähendab seda, et ühe tehingupoolte tahe tehingu sõlmimisel ei ole vabalt kujunenud ning tehingu tegemisel väljendatud tahteavaldus ei vasta tegelikule tahtele.⁹⁸ Emotsionaalse läheduse mõju all sõlmivad isikud tehinguid ka juhul, kui nad teavad ja peaksid teadma, mida tehing endas sisaldab. Tegemist on suhetega, mille puhul on vajadus ning sõltuvus tehing sõlmida ning seda emotsionaalsest sidemest lähtuvalt, mis ei luba olla oma otsustes vaba.⁹⁹

Kuigi Eestis on võimalik sõltuvussuhtes sõlmitud tehing tunnistada heade kommetega vastuolus olevaks ning tühiseks, on nagu eelpool mainitud TsÜS § 86 vähese kohaldamise

⁹³ BVerfG 19.10.1993. BverfGE 89, 214; NJW 1994, 36. Viidatud: P. Rott. (viide 46), lk 257, 261, 265.

⁹⁴ A. Colombi Ciacchi. (viide 34), lk 297.

⁹⁵ A. Colombi Ciacchi. (viide 34), lk 297.

⁹⁶ A. Colombi Ciacchi. (viide 34), lk 297.

⁹⁷ D. Freivald. (viide 16), lk 546.

⁹⁸ P. Varul. I. Kull. M. Käerdi. V. Kõve. Tsiviilseadustiku üldosa seadus. Kommenteeritud väljaanne. Tallinn 2010, lk 278.

⁹⁹ R. Parry. (viide 20), lk 365.

põhjuseks olla asjaolu, et tõendamata oli tehingu tegemine sundolukorras. Tegemist on mõistega, mille esile toomine on keeruline sõltuvussuhtes sõlminud laenulepingu käendajale. Samuti on kohtul keeruline leida huvide tasakaal, mistõttu on Eesti kohtud pigem heade kommete vastasust sõltuvussuhtes sõlmitud lepingu puhul eitanud või leidnud, et see pole piisavalt tõendatud. Kuna seadusandja on näinud, et sellistel tingimustel lepingu sõlmimisel on võimalik tehing heade kommetega vastuolus olevaks tunnistada, pole kohtupraktika Eestis veel seda teed läinud. Seega tuleks siinkohal pöörduda teiste Euroopa riikide kohtupraktika poole, et leida vastus, kas perekonnaliikme surve peab olema tõendatud või seda eeldatakse, kui käendajaks on põhivõlgniku lähedane pereliige.¹⁰⁰ Kuigi Saksamaa on oma kohtupraktikas leidnud, et sõltuvussuhet ning sellest tulenevalt heade kommete vastasust eeldatakse, siis tegelikkuses tuleb vastuse leidmiseks kaaluda, kas isik on oma tegudes ratsionaalne ning vastutusvõimeline või vajab kaitset ning kas lepinguvabaduse põhimõte kaalub üles vajaduse kaitsta indiviidi valikuvabadust.¹⁰¹ Siiski on Saksa õigusteadlaste hulgas erinevad seisukohad. On leitud, et kõik täiskasvanud inimesed on õiguslikult võrdses olukorras ning seetõttu vastutavad oma tegude eest. Sellise seisukoha järgi sisaldub individuaalne vabadus vabaduses võtta vastutustundetuid kohustusi, mida suudetakse täita vaid optimaalses olukorras. Samas on alates 1990. aastatest toetatud seisukohta, et arvestama peab tegeliku lepingulise tasakaaluga, mistõttu puudub tasakaal olukordades, kus naised või lapsed käendavad abikaasat või vanemaid.¹⁰²

2.1.1 Abikaasa laenu käendajana

Vastavalt perekonnaseaduse¹⁰³ (PkS) § 15 lg 1 alustavad mees ja naine abiellumisega abielulist kooselu, mis kohustab neid vastastikuseks lugupidamiseks ja toetuseks. Neil on teineteise ja perekonna ees võrdsed kohustused ning korraldavad ühiselt perekonna vajaduste rahuldamise, pidades silmas teineteise ja laste heaolu ning vastutavad teineteise ees abieluga seotud kohustuste täitmise eest. Vastavalt sama seaduse § 15 lg 2 osalevad abikaasad koduse majapidamise korraldamises ja sissetuleku hankimises oma võimaluste kohaselt ning peavad tegema parima perekonna ülalpidamiseks vajalike vahendite hankimiseks. Seega tuleneb juba perekonnaseadusest nõue abikaasade vastastikuseks lugupidamiseks ja toetuseks ning seda ka

¹⁰⁰ L. Kähler. (viide 24), lk 337.

¹⁰¹ L. Kähler. (viide 24), lk 337.

¹⁰² P. Rott. (viide 46), lk 257.

¹⁰³ Perekonnaseadus. Vastu võetud 12.10.1994. Jõustunud 01.01.1995, RT I 1994, 75, 1326.

rahaliste vahendite hankimisel. Küll aga võib lähedane toetus ja usaldus kätkeada endas riski selle suhte ärakasutamise osas. E. McKendrick on leidnud, et eeldatav lubamatu mõjutamine on legaalselt tunnustatud suhte puhul paremini tuvastatav. Seda eriti juhtudel, kui ühele poolele on pandud kohustus teise eest hoolitseda, usaldada ning toetada ning kohustus mitte usaldust kuritarvitada.¹⁰⁴

Lepinguvabadus on piiratud juhtudel, kui ühe lepingupoole vabadus lepingusse astuda on puudulik.¹⁰⁵ Saksa kohtupraktika kohaselt käituvad isegi kogenud inimesed armastuse ja solidaarsuse tingimustes ebaratsionaalselt,¹⁰⁶ mistõttu on alust arvata, et lepingu sõlmimisel tunneb emotsionaalse sideme puhul käendaja, et ta on kohustatud tehinguga nõustuma, olenemata, milline on tema majanduslik arukus ning võimekus tehingut sõlmida.¹⁰⁷ Olukorras, kus lepingutingimused on keerulised ning nende sisus pole võimalik iseseisvalt läbi rääkida ning lepingu üheks pooleks on turusituatsiooni arvestades väga tugev finantsasutus, on raske arvata, et tegemist on võrdsete läbirääkimistega.¹⁰⁸

Inglismaal oli juba mõnda aega tagasi märgata tõusu juhtumites, kus käendajad püüdsid vastutusest vabaneda. Kõige enam viidatakse lähedase suhte ärakasutamisele, mis on emotsionaalne ning pigem isiklik kui majanduslikku laadi lähedane suhe.¹⁰⁹ Sellest lähtuvalt on käendaja sõltuvussuhte kirjeldamiseks välja arenenud sunni (*duress*) ja lubamatu mõju (*undue influence*) doktriinid. Esimene sisaldab endas seadusevastast mõjutamist, mille puhul puudub täielikult igasugune otsustusvabadus. See võib sisalduda vägivallas või ka ähvardusena varale, majanduslikule seisule.¹¹⁰ Antud töö eesmärgist lähtuvalt ei ole seadusevastast mõjutamist pikemalt analüüsitud ning keskendutakse sõltuvussuhte analüüsile. Seega omab tähtsust lubamatu mõju doktriin, mille peamine roll on reguleerida olukordi, kus sund on seotud perekondliku sõltuvussuhtega.¹¹¹

¹⁰⁴ E. McKendrick. Contract Law. Text, Cases, and Materials. Third Edition. Oxford University Press 2008, lk 686.

¹⁰⁵ P. Rott. (viide 46), lk 258.

¹⁰⁶ P. Rott. (viide 46), lk 266.

¹⁰⁷ D. Geary. Notes on Family Guarantees in English and Scottish Law- A Comment. European Review of Private Law 8, 2000, lk 28.

¹⁰⁸ D. Geary. (viide 107), lk 29.

¹⁰⁹ D. Geary. (viide 107), lk 27-28.

¹¹⁰ L. Fox O'Mahony. J. Devenney. M. Kenny. England and Wales. In: A. Colombi Ciacchi. S. Weatherill (eds). Regulating unfair banking practices in Europe: the Case of Personal Suretyships. Oxford University Press 2010, lk 147-148.

¹¹¹ L. Fox O'Mahony. (viide 110), lk 148.

Lubamatu mõju kasutamine annab kohtule õiguse tunnistada kehtetuks tehing, mille sõlmimisel on ära kasutatud usaldussuhet ehk käendaja ja põhivõlgniku vahelist isiklikku suhet.¹¹² Lubamatut mõju eeldatakse, kui:

- a) lepingu osapoolte vahel on usaldussuhe;
- b) pooled astusid lepingusse tingimustel, mille puhul tavaliselt lepingusse ei astuta;
- c) eeldus on ümberlükatav näidates, et lepingusse astuti vaba tahte väljendamisel.¹¹³

Sellele vaatamata on lubamatu mõju sisustamine jäänud pigem üksikjuhtumi tasandile ning kohtud eelistavad analüüsida asjaolusid igast konkreetsest juhtumist lähtuvalt.¹¹⁴ Eesmärgiks on tagada, et ühe inimese mõju teise üle ei kasutataks ära, kuna igapäevaelus mõjutavad inimesed üksteise otsuseid, püüdes veenda neid, kellega lepingulistesse suhetesse astutakse.¹¹⁵

Otsuses *Barclays Bank plc v O'Brien* leidis kohus, et lubamatut mõju eeldatakse, kui naine on kõik oma majanduslikud otsused jätnud mehe kanda ning käitub täpselt nii nagu meesterahvas ütleb. Pank peab sellisel juhul soovitama sõltumatu konsultandi kasutamist, kes korraldab kohtumise, kus täpsemalt selgitatakse käendusega seotud vastutust ning riske. Sellisel juhul on pank omapoolse kohustuse täitnud. Juhul, kui põhivõlgnik teab asjaoludest, mis juba eos näitavad, et lubamatu mõju leiab aset, peab ka põhivõlgnik soovitama käendajal kasutada sõltumatut nõustajat.¹¹⁶ Sellist järeldust tuntakse ka *O'Brieni* doktriini nime all. Seega on Inglise õiguses põhivõlgnikule pandud kohustus suhtuda hoolikalt käendaja otsuse sõltumatusse. Hetkel on Inglise kohtupraktika mõnevõrra edasi arenenud ning abikaasate käenduse puhul on praegu juhtivaks kohtuotsuseks *Royal Bank of Scotland c. Etridge* otsus, mille puhul lubamatut mõju eeldatakse, kui naine suudab tõendada, et usaldas abikaasat oma majandusliku olukorra juhtimises ning võetud kohustus pole seletatav muul viisil. Siiski on see välistatud juhul, kui laenusaaja täitis kohustuse anda mõista teisele poolele, et ta astub lepingusse vabatahtlikult. Õhutades käendajat kasutama sõltumatut nõustajat, annab see finantsasutusele võimaluse vältida lubamatu mõju avaldamist käendajale. Juhul, kui pank teab, et nõustaja pole piisavalt käendajat informeerinud ning käendaja käitumisest lähtuvalt peab mõistma, et ta pole saanud adekvaatset nõu, on tegemist panga enda riskiga¹¹⁷ ning

¹¹² A. Colombi Ciacchi. (viide 34), lk 301.

¹¹³ E. McKendrick. (viide 104), lk 672.

¹¹⁴ E. McKendrick. (viide 104), lk 671.

¹¹⁵ E. McKendrick. (viide 104), lk 681.

¹¹⁶ *Barclays Bank plc v O'Brien*. 1991. 1 AC 180 (HL). Viidatud: L. Fox O'Mahony (viide 110), lk 141-178.

¹¹⁷ *Royal Bank of Scotland v Etridge*. 2001. UKHL 44. Viidatud: L. Fox O'Mahony (viide 110), lk 141-178.

sellest tulenevalt on võlausaldajal on kohustus avaldada käendajale kõik asjaolud, mille olemasolu käendaja ei pruugi teada.¹¹⁸

Vastupidiselt Inglise õigusele puudub Šoti õiguses eeldus, et lähedase paarisuhte puhul on alati tegemist lubamatu mõjuga, vaid see tuleb eraldi tõendada.¹¹⁹ Siiski jõuab ka Šoti õigus sarnase järelduseni- hea usu põhimõttest lähtuvalt on juhul, kui põhivõlgnik leiab, et käendaja ei tegutse oma vabast tahtest lähtuvalt, vajalik sõltumatu nõustaja poolne lähenemine, et käendajat tulevase vastutuse osas hoiatada.¹²⁰

Sellest tulenevalt võib väita, et abikaasa informeerimiskohustus on vajalik ning see võiks tugineda heas usus lepingueelsete läbirääkimiste kohustusele. Tegemist on laia ning üldise kohustusega, mille puhul informatsiooni hulk, selle edastamise viis jms on kohtupraktika ülesanne. M. M. Siems leiab et kohustuse panemine pankadele on tähtis selleks, et kindlustada abikaasa käenduse puhul tahtest lähtuv lepingu sõlmimine.¹²¹ Informeerimiskohustus sõltub tegelikult ka abikaasate omavahelisest suhtest ning usaldusest. Samuti ei muuda see sõltuvussuhet olenematuks. Kui abikaasa on piisavalt informeeritud ning siiski sõlmib käenduslepingu, ei saa tegelikult kohtud hiljem käendust tühiseks tunnistada. Lõpuks võib ju öelda, et naine, kes valib oma abikaasa usaldamise ning toetamise ja seda isegi juhul, kui ta teab, et tegemist on riskantse tehinguga. Siinkohal leiab M. M. Siems, et võib-olla on ka abiellu astumine ebaratsionaalne ning kindlasti tunnetel põhinev juriidiline otsus, mistõttu võib liigse reguleerimise tulemusel olla keelatud ka abiellu astumine.¹²² Ühtlasi võib väita, et hoolimata lepingueelsele informeerimiskohustusele, ei loobu ükski naine oma abikaasa laenude käendamisest.¹²³

Seega on põhjendatud on eelpool mainitud *Etridge*-i otsuse kriitika, kuna otsus keskendub rohkem põhivõlgniku ning võlausaldaja vahelise suhte puhul teate edastamisele, kui põhivõlgniku ning käendaja vahelise sõltuvussuhte analüüsile ning tundub, et käendaja kaitse on Inglismaal nõrgenenud.¹²⁴ Samas on üsna selge, et olenemata informatsiooni hulgast, mida käendajale antakse, on see alati ebapiisav. *Etridge*-i otsusest tulenevad protseduurilised

¹¹⁸ *London General Omnibus Co Ltd v Holloway*. 1912. 2 KB 72. Viidatud: L. Fox O'Mahony (viide 110), lk 152.

¹¹⁹ *Smith v Bank of Scotland*. 1997 (SC) HL 111. Viidatud: L. J. Smith. Scotland. In: A. Colombi Ciacchi. S. Weatherill (eds). *Regulating unfair banking practices in Europe: the Case of Personal Suretyships*. Oxford University Press 2010, lk 493.

¹²⁰ M. M. Siems. No Risk, No Fun? Should Spouses Be Advised before Committing to Guarantees? A Comparative Analysis. *European Review of Private Law*, 10 2002, lk 513.

¹²¹ M. M. Siems. (viide 120), lk 523-524.

¹²² M. M. Siems. (viide 120), lk 526.

¹²³ M. Kenny. (viide 23), lk 176.

¹²⁴ L. Fox O'Mahony (viide 110), lk 177.

reeglid ei pruugi kaitsta käendajat, kes astub tehingusse armastuse, sõltuvuse või haavatavuse tõttu. Näiteks tunnistas lahendis *Bank of Montreal v Stuart* proua Stuart, et tal puudus tahe ning võimalus kujundada sõltumatu arvamus isegi, kui ta seda oleks soovinud, kuna ta oli valmis allkirjastama ning tegema kõik kõik, mida abikaasa palub¹²⁵ ning sellisel juhul ei kaitse protseduuriliste reeglite täitmise kontroll käendajat.

Seega keskendub Inglise ning Šoti õigus rohkem protseduuriliste reeglite täitmise kontrollile kui tegelikule lepingulise vahekorra analüüsile ning õiglusele,¹²⁶ mis omakorda tekitab küsimuse, kas sõltuvussuhtes sõlmitud käenduslepingu puhul poleks mitte targem tugineda puudustele käendaja tahtes ning subjektiivsele ebaõiglusele lepingus.¹²⁷ Finantsinstitutsioonid soovivad vastutuse vältimiseks pöörduda sõltumatu konsultandi poole, kes nõustab võimalike finantsriskide osas.¹²⁸ Isegi kiirel ja erapooletul õigusabil ei pruugi praktikas olla suurt tähtsust, kuna lähikondsete kohustust asutakse tagama emotsionaalse kohustuse tõttu ning vastutusest teadlik olemine ei too endaga kaasa veel tehingust loobumist.¹²⁹ Kuigi pank püüab nii vähendada sõltuvussuhtes sõlmitud käenduslepingu riske, on tegelikkuses sellest üsna vähe abi, kuna põhivõlgnikupoolne ärakasutamine on siiski emotsionaalsele lähedussuhtele tuginev ning ka nõustamine ei pruugi saavutada soovitud vaba tahte all sõlmitud lepingu sõlmimist.

Tugevalt ebaoproportsionaalsete perekonnaliikmete poolt sõlmitud käenduslepingute tühisus on nüüdseks saanud Saksamaal ja Austrias reegliks, millel on väga vähe erandeid.¹³⁰ Kogu diskussioon käenduse heade kommetega vastuolus olevaks tunnistamisel taandub privaatautonomoomia ning lepinguvabaduse aluspõhimõtetele. Kui armastatud pereliige ning pank paluvad allkirjastada käenduse tüüplepingu, siis on käendaja enesemääramise õigus tugevalt piiratud.¹³¹ Saksa õiguspraktikas pole sõltuvussuhte puhul oluline, kas käendajat informeeriti või mitte, kuna lepinguvabadus kehtib vaid olukorras, kus pooltel on võrdne lepingu sisu mõjutamise võimalus.¹³² Siiski pole vaba tahte väljendamine mõeldav olukorras, kus käendusleping sõlmitakse panga ning mitteprofessionaalse käendaja vahel, kes tagab oma lähedase kohustust.¹³³ Kui pangatöötaja apelleerib põhivõlgniku ja käendaja vahelisele ühtekuuluvustundele, vastastikusele abistamiskohustusele, mille tulemusena sõlmitakse

¹²⁵ *Bank of Montreal v Stuart*. 1911, AC 120. Viidatud: L. Fox O'Mahony (viide 110), lk 149.

¹²⁶ R. Parry. (viide 20), lk 377.

¹²⁷ L. Fox O'Mahony (viide 110), lk 178.

¹²⁸ D. Geary. (viide 107), lk 28.

¹²⁹ A. Colombi Ciacchi. (viide 34), lk 301.

¹³⁰ A. Colombi Ciacchi. (viide 34), lk 300.

¹³¹ B. Fehlberg. (viide 8), lk 675.

¹³² M. Kenny. (viide 23), lk 187.

¹³³ A. Colombi Ciacchi. (viide 34), lk 306.

käendusleping, viitab see võimalikule heade kommete vastasele tehingule.¹³⁴ Samuti on heade kommete vastane käendus siis, kui krediidasutus ise käendaja jaoks hingelise sundolukorra loob ning selle enda kasuks pöörab. Näiteks esmalt maksab laenu välja ning seejärel nõuab krediidlepingu ülesütlemise ähvardusega käenduse sõlmimist.¹³⁵ Seega leiab D. Freivald, et perekonnaliikmetest käendajad ei mahu klassikalise vabade lepingupoolte kontseptsiooni alla ning on tihti olukorras, kus neid ei pühendata lepingueelsetesse läbirääkimistesse ning tunnevad, et puudub igasugune valik lepingu sõlmimisest keelduda.¹³⁶

Saksamaa Liidukohus (BGH) on leidnud, et üldiselt on lepingu sõlmimisel poolel endal kohustus selgitada välja kohustuste sisu ning ulatus¹³⁷ ning üks võimalik viis käendajat tulevase kohustuse puhul hoiatada on käenduse kirjalik vorm. Samas ei aita lepingu kirjalik vorm juhtudel, kui isiku vaba tahe pole iseseisvalt välja kujunenud. Kuigi tänu lähedasele perekonnasuhtele jagavad abikaasad omavahel informatsiooni¹³⁸ ning seda võiks eeldada ka käenduse sõlmimisel, siis reaalsuses võib olukord olla hoopis vastupidine, kuna varjatakse tegelikku majanduslikku olukorda ning palutakse käendus sõlmida vaid formaalsusest. On tõenäoline, et põhivõlgniku poolne informatsiooni jagamine võib kaasa tuua käenduslepingu mittesõlmimise, mistõttu põhivõlgnik ei pruugi olla huvitatud kõikide tehingu asjaolude tutvustamisest. Lisaks sellele ei ole käenduse sõlmimisest keeldumine abikaasade majanduslikust kohustusest ning abielulise suhte moraalsest alusest lähtuvalt võimalik.

Sõltuvussuhte puhul on väga oluline leida, kellele kuulub kohustus selgitada käenduse sisu ning ulatust. Kolmiksuhte iseloomust tulenevalt on see kas põhivõlgnik või võlausaldaja. Kohustuse panemine põhivõlgnikule ei täida arvatavasti täielikult eesmärki, kuna jääb siiski kallutatuks, teisalt on suurte finantsasutuste töökoormust ning ressursikulu arvestades turumajanduslik ebaefektiivne lisada laialdane nõustamiskohustus. Samas peaks olema selge, et nõustamiskohustuse panemine ning seeläbi kaalutletumalt sõlmitud käendusleping on pikemas perspektiivis võlausaldajale kasulikum ning kätkeb endas väiksemat riski, kuna mõtlematult sõlmitud tehing toob endaga suurema tõenäosusega kaasa lisakulutusi kas võlgade sissenõudmisel või kohtus käenduse heade kommetega vastuolus olevaks tunnistamisel. Kui on risk, et abikaasa pole käenduslepingusse astumisel vaba, on nõustamine vajalik. Kuna piisav nõustamiskohustus pole väga koormav, aitab see kõigi lepingupoolte

¹³⁴ D. Schnabl. Neue Entwicklungen der Rechtsprechung zu sittenwidrigen Bürgschaften, lk 18-19. Arvutivõrgus. Kättesaadav: <http://www.uni-leipzig.de/bankinstitut/dokumente/2002-12-07-06.pdf>. 06.05.2013. Viidatud: D. Freivald (viide 16), lk 548.

¹³⁵ D. Schnabl. (viide 134). Viidatud: D. Freivald (viide 16), lk 548.

¹³⁶ B. Fehlberg. (viide 8), lk 474.

¹³⁷ BGH 15.04.1997. WM 1997, 1047. Viidatud: P. Rott (viide 46), lk 269.

¹³⁸ BGH 18.01.1996. NJW 1996, 1274. Viidatud: P. Rott (viide 46), lk 261, 263, 265.

huvisid kõige paremini kaitsta ning ei kätke endas ka suuri kohustusi eraettevõtlusele. Seisukohta toetab ka M. M. Siems, kes leiab, et võlausaldajale on mõistlik panna võlausaldajale kohustus informeerida käendajat ning soovitada ka sõltumatu konsultandi kasutamist.¹³⁹ Kindlasti oleks kasu ka üldisest teavitamisest (nt Tarbijakaitseamet) millised on käendusega kaasnevad ohud ning võimalused, et käendaja saaks juba enne lepingu sõlmimist arutleda, millised on tehingu tagajärjed.

Teavitamiskohustus ja informatsiooni jagamine ning seeläbi abikaasade kaitsmine käenduse sõlmimisel on üksnes preventatiivne võimalus käendaja kaitseks. Nagu eelpool mainitud, siis Eesti õiguses on sõltuvussuhtes sõlmitud tehingu puhul käendaja kaitsevõimalus vaid kohtu diskretsioon ning see on sätestatud tsiviilseadustiku üldosas, siis tegelikkuses oleks võimalik ka konkreetsemate kaitsemehhanismide reguleerimine seaduse tasandil¹⁴⁰, mis aitaks käendajatel tunda selgemat õiguskindlust.

Kui abielu sõlmimisel tekivad abikaasade vahel nii juriidilised kui ka moraalsed kohustused, siis on problemaatiline, mis saab käendatut laenu juhul, kui abielu lõpeb. Kui eelnevalt on mainitud, et käenduse aluseks on isiklik ja lähedane suhe, siis võib justkui eeldada, et abielulise suhte lõppemisel lõpevad ka suhte alusel tekkinud moraalsed ja majanduslikud kohustused. Lisaks sellele ei ole abikaasa enam pärast abielulise suhte lõppu isiklikult huvitatud laenu tagama, kuna puudub emotsionaalne kohustus. Seega on ebatõenäoline, et eksabikaasa nõustub tulevasi laenulepinguid käendama ning pole ka põhjust sundida kedagi sellistel tingimustel laenu käendajaks asuma.

Juba sõlmitud laenulepingute käendamise puhul tuleb silmas pidada, et käendusleping on aktsessoorne ehk võlausaldaja nõude kehtivus tagatiskohustuse võtnud isiku vastu sõltub põhikohustuse kehtivusest.¹⁴¹ Vastavalt VÕS § 149 lg 1 võib käendaja esitada võlausaldaja nõudele kõiki vastuväiteid, mida oleks võinud esitada põhivõlgnik ise, välja arvatud need, mis on vahetult seotud põhivõlgniku isikuga. Seega ei muuda käendaja ja põhivõlgniku vahelise suhte muutumine võlausaldaja nõuet kehtetuks, mistõttu pole alust käenduse tühistamiseks. Samuti peab mõnna, et sõltuvussuhtes sõlmitud lepingu puhul on oluline lepingu sõlmimise moment ning asjaolu, kas leping sõlmiti vaba tahte väljenduseks või kasutati nõusoleku saamiseks ära lähedast suhet. Abielulise suhte lagunemine on risk, mida käendaja kannab ning käenduslepingu olemus ongi seotud üsna suurte riskidega, kuna käendaja üldjuhul lepingust tulenevaid majanduslikke hüvesid ei saa. Lisaks sellele võib muutuda majanduslik olukord

¹³⁹ M. M. Siems. (viide 120), lk 527.

¹⁴⁰ Vt punkt 1.3.3 Käendaja õigus saada teavet.

¹⁴¹ I. Kull. (viide 12), lk 349.

või käendaja maksevõime, kuid käenduslepingu tühistamiseks sellisel juhul siiski alust pole, kui ei ole tõendatud sõltuvussuhe lepingu sõlmimise ajal. Juhul, kui tehing on sõlmitud sõltuvussuhtes ning täidetud on ka muud TsÜS §-s 86 sätestatud eeldused, on käendus võimalik tühistada.

2.1.2 Lapsed ja vanemad laenu käendajatena

Sõltuvussuhte olemuse avamine on keeruline ning mõiste sisaldab endas erinevaid komponente: usaldus, kindlustunne, toetumine, haavatavus, ülemvõim, domineerimine või kontroll teise üle.¹⁴² Ükski nendest ei kirjelda aga sõltuvust piisavalt, kuid samas sisaldavad kõik endas mingit elementi, mis annab alust tugineda sellele, et isik on teise mõju all.

Kui abieluline suhe või kooselu võib lõppeda, siis lapse ja vanema vaheline suhe peaks pakkuma nii materiaalselt turvalist keskkonda kui ka tugivõrgustikkku täiskasvanuks saamisel¹⁴³ ning lähedane suhe lapse ja vanema vahel püsib ka pärast lapse täiskasvanuikka jõudmisel. Uuringud näitavad, et lisaks emotsionaalsele toetusele, murede lahkamisele ning nõu andmisele on laste ja vanemate vahel võimalusel ka mõlemasuunaline majanduslik abistamine,¹⁴⁴ mis annab alust arvata, et sõltuvussuhte roll sellises suhtes on moraalsest kohusetundest lähtuvalt eriti suur. Seega on K. Heine ja R. Janali arvates laste ja vanemate vaheliste suhete puhul sõltuvussuhte ärakasutamine tehingute sõlmimisel tõenäoline, kuna emotsionaalse läheduse mõju all käituvad inimesed ettearvamatult¹⁴⁵ ning sisemiste väärtushinnangute ja tõekspidamiste valguses.

Kuigi laste kasutamine käendajatena on mitmetes lääneriikides kujunenud probleemiks, siis Eestis on käendajale seatud täisealisuse nõue ning lapsed pole käendajatena pankade poolt aktsepteeritud.¹⁴⁶ Lisaks sellele on PKS § 189 lg 1 p 9 sätestatud keeld kohtu nõusolekuta teha eestkostjal eestkostetava nimel tehingut, millega luuakse eestkostetava vastus teise isiku kohustuse eest ning tehingut, millega eestkostetava vara koormatakse teise isiku kohustuste

¹⁴² E. McKendrick. (viide 104), lk 681-682.

¹⁴³ K. Kasearu, K. Rootalu. Lapse väärtus ja põlvkondadevahelised suhted. Uuringu lühiraport. Tartu Ülikool. Tartu 2011. Arvutivõrgus. Kättesaadav: <https://valitsus.ee/UserFiles/valitsus/et/riigikantslei/strateegia/poliitika-analuusid-ja-uuringud/tarkade-otsuste-fondi-noorteadlaste-alameetme/Uuringu%20kokkuv%C3%B5te.pdf>. 06.05.2013, lk 3.

¹⁴⁴ K. Kasearu (viide 143), lk 14.

¹⁴⁵ K. Heine (viide 57), lk 12.

¹⁴⁶ I. Kull. Estonia. A. Colombi Ciacchi. S. Weatherill (eds). Regulating unfair banking practices in Europe: the Case of Personal Suretyships. Oxford University Press 2010, lk 189.

tagamiseks. Tõenäoliselt peaks see välistama laste ja vanemate vahelise sõltuvussuhte ärakasutamise, kuna huvide konflikt antud situatsioonis on ilmne.¹⁴⁷

Siiski on teoreetiline võimalus alaealisel oma vanemate laenude käendamiseks olemas. TsÜS § 9 lg 1 kohaselt on vähemalt 15-aastase alaealise puhul võimalik teovõime laiendamine, kui see on alaealise huvides ja alaealise arengutase seda võimaldab. Sel juhul otsustab kohus, milliseid tehinguid võib alaealine teha iseseisvalt. Vastavalt TsÜSi kommentaaridele ei kehti vanema hooldusõigu alaealise teovõime laiendamise puhul nende toimingute suhtes, mida alaealine võib teha iseseisvalt, mis ühtlasi tähendab seda, et kohtu poolt täiendavat luba ega vanema või eeskostja nõusolekut pole vaja.¹⁴⁸

Saksa kohtupraktika paigutab lapsed suhtes vanematega privilegeeritud seisusesse, kuna eeldatakse emotsionaalse sõltuvussuhet ning seda mõlemasuunaliselt. Juhul, kui käendus on sooritusvõimet ületav, on tegemist heade kommete vastase käendusega. Isegi siis, kui sooritusvõimet käendus ei ületa, on lapsed käsitletavad äritegevuses kogenematutena, mis annab lisaaluse lepingu ebaõiglaseks lugemiseks¹⁴⁹ ning ühiskondlikul tasandil ei aktsepteerita arvatavasti ka Eestis laste poolt oma vanemate laenude käendamist.¹⁵⁰

Tähtsat rolli mängib ka perekonna iseloom ühiskonnas. Ühiskondades, kus perekonna tähtsus on suur ning sidemed perekonna vahel lähedased, on ka pereliikmete poolt antud käendused aktsepteeritavamad ning seadusandja kaldub selliste lepingute kaitssesse vähem sekkuma, kui riikides, kus reaalsuses on nõrgemad sidemed.¹⁵¹ Seetõttu on näiteks Itaalias lastel võimalik asuda oma vanemate laenu käendama juhul, kui kohtunik määrab isiku, kes vastutab laste huvide kaitsmise eest. Samas asutatakse sellistesse käenduslepingutesse üsna tihti.¹⁵² Pangad leiavad, et taolised käenduslepingud aitavad vältida kahtlasi tehinguid vara varjamiseks, kuna kindlustavad võlausaldajale, et perekonna vara, mis oli tehingu sõlmimisel, jääb ka edaspidi käendaja valdusesse. Oma vanemate laenude käendamisel jääb võlausaldajale kindlus, et põhivõlgniku surma korral jääb vara pärijatele ning kohustus suudetakse täita. Kuna käenduse sissenõudmisega tekkiv ressursikulu on kohtuprotsessi ajamahukust arvestades võlausaldajale koormav, on lapse poolt antud käendus võimaluseks tehingu kulusid vähendada.¹⁵³ Vastupidiselt Itaalias levinud seisukohale ei anna Saksamaal tulevane teoreetiline võimalus

¹⁴⁷ F. Fiorentini. (viide 64), lk 368.

¹⁴⁸ P. Varul (viide 98), lk 42.

¹⁴⁹ P. Rott. (viide 46), lk 266.

¹⁵⁰ I. Kull. (viide 146), lk 191.

¹⁵¹ A. Colombi Ciacchi. (viide 60), lk 37.

¹⁵² F. Fiorentini. (viide 64), lk 369.

¹⁵³ F. Fiorentini. (viide 64), lk 370.

vara suurenemiseks alust käenduslepingut sõlmida. Näiteks ei ole laste poolt antud käenduse puhul põhjendatud tõsiasi, et tulevikus võivad nad pärida vara või ettevõtte, mis on loodud käendatud vahenditega.¹⁵⁴ Samuti ei ole Belgia õiguses lubatav taoliste käenduslepingute sõlmimine ning Belgia perekonnaõigus annab võimaluse kõikide perekonna huve kahjustavate tehingute tühistamiseks kuulutamiseks.¹⁵⁵ Seega on Saksa õpetlase von Savigny mõte, et seadus on osa kultuurist ning peegeldab rahva vaimsust ja suhtumist¹⁵⁶ võimalik tuua ka käenduslepingute ja käendaja kaitse konteksti, kuna pereliikmete käenduskohustuse puhul on ühiskonnas kehtivad väärushinnangud paljuski aluseks seaduslikul reguleerimisel ning kohtu seisukohtade kujunemisel.

Täisealiste laste puhul erilised kaitsemeetmed puuduvad ning käendaja kaitse on reguleeritud samaväärselt iga füüsilise isiku kaitsega. Euroopa Inimõiguste Kohus on leidnud, et perekonnaelu ei ole vanemate ja täiskasvanud laste vahel, kui nad ei demonstreeri täiendavaid sõltuvuselemente.¹⁵⁷ Sellised elemendid võivad olla majanduslik sõltuvus, mingi haiguse tõttu tekkinud vajadus igapäevasele hoolitsusele või kooselu ühises majapidamises. Siiski ei saa ka täiskasvanud isikute puhul väita, et lähedase isiku kohustuse tagamisel ei kasutada ära emotsionaalset sidet.

Tihti ei pruugigi käenduslepingu sõlmimisel mingit mõjutamist ilmned. Vastavalt ÕÕS § 3 on õppelaen õpilasele ja üliõpilasele antav riigi tagatud laen hariduse omandamisega kaasnevate kulutuste katmiseks. Vastavalt ÕÕS § 19 tagab laenusaaaja kohustuste täitmise vähemalt kahe Eesti kodaniku või Eestis pikaajalise elaniku elamisloa või alalise elamisõiguse alusel viibiva isiku käendus või hüpoteek Eestis asuvale kinnisvarale. Üldiselt kasutatakse õppelaenu tagamisel mõlema vanema käendust, mille sõlmimine on lihtne ning võrreldes hüpoteegi seadmisega sisaldab endas ka vähem kulutusi. Sellises olukorras tavaliselt mingit mõjutamist ei toimugi, vanemate majanduslik suutmatuse ise õpinguid finantseerida põhjustab käenduse andmise lootuses, et tulevikus on haritud lapsel võimalus ise oma laen tagasi maksta ning isikliku käenduse andmine on võimaluseks õpinguid toetada. Võib arvata, et lapse laenu käendamisel lähtub vanem eeldusest, et tegemist on vaid formaalsusega ning reaalsuses ei jõuta kunagi põhivõlgniku kohustuse rikkumise ning käenduse sissenõudmiseni. Saksa kohtupraktika on leidnud, et käenduse risk on varjatud, kui põhivõlgnik kinnitab käendajale, et käendus on vajalik vaid formaalsuste tagamiseks ning samal ajal on käendaja oma

¹⁵⁴ P. Rott (viide 46), lk 260.

¹⁵⁵ M. Kenny. (viide 23), lk 188.

¹⁵⁶ O. Lando. Culture and Contract Laws. European Review of Contract Law 1, 2007, lk 3.

¹⁵⁷ EIK 12.01.2010. a otsus kohtuasjas A.W. Khan v. the United Kingdom, nr. 47486/06, p 32.

perekonnaliikme tugeva mõju all.¹⁵⁸ Sarnaseid näiteid on tuua ka Eesti kohtupraktikast. Harju Maakohtu 20.09.2011 otsususes tsiviilasjas nr 2-10-65498 märkis käendaja, et põhivõlgnik kasutas ära tema kogemematust ja kallutas teda käendust andma, lubades, et ta ei pea lepingust tulenevaid kohustusi täitma, kuna soetatav sõiduauto on piisav tagatis.¹⁵⁹ Seega võib järeldada, et pereliikme tugeva mõjutamise tulemusel kipuvad käendajad riski alahindama, mistõttu puudub isikul vaba ning iseseisev otsustusvõime.¹⁶⁰ Nagu tõendab ka empiiriline uurimus, ei ole riskide kaalumine ning nendega arvestamine emotsionaalse mõjutamise puhul kaalutletud.¹⁶¹

Samas on võimalik, et mingisugust mõjutamist ei toimugi ning pereliige nõustub teise poolt pakutud tegevusega, usaldades oma isiklike asjade ning huvide eest hoolitsemisel tingimusteta teist. Hiljem selgub, et tegelikkuses seatakse isiklikud huvid esiplaanile¹⁶² ning käendaja huvid jäävad tagaplaanile. D. Freivald leiab, et isegi kui käendajal on küllaldaselt teavet lepinguga kaasnevate riskide kohta, võivad käenduslepingud osutuda ebaõiglaseks, sest perekonnaliikmel ei ole sageli muud valikut- perekondliku heaolu nimel nõustutakse käenduskohustuse võtmisega.¹⁶³

Seega on nii täisealise lapse kui ka vanema poolt antud käenduse puhul võimalik sõltuvussuhte ärakasutamine. Eelduslikult on suhte olemusest lähtuvalt emotsionaalne sõltuvus olemas. P. Varul on leidnud, et head kombes seostuvad eelkõige moraali ja õiglusega ning heade kommetega vastuolus oleva käitumise puhul on tegemist käitumisega, mis ei ole kooskõlas ausalt ja õiglaselt mõtleivate inimeste sündsustundega.¹⁶⁴ Seetõttu võib väita, et vanema või lapse vahelise tugeva emotsionaalse sideme ärakasutamine isiklike huvide tagamiseks on vastuolus õiglaselt mõtleva inimese sündsustundega. Kui lisada sellele veel sooritusvõime ilmselge ületamine ning isikliku huvi puudumine, on võimalik tehing lugeda heade kommetega vastulolus olevaks TsÜS § 86 alusel. Lisaks vastuolule sündsustundega, on Saksamaa Föderaalne Konstitutsioonikohus leidnud, et ülemäära suured isiklikud tagatised, millega tagatakse lähedaste sugulaste võlgasid, on tühised, kuna rikuvad põhiõigust elada oma elu¹⁶⁵ ning on kaitstud BGB § 138, mille kohaselt sellised tehingud on heade kommetega

¹⁵⁸ BverfG 19.10.1993. (viide 93).

¹⁵⁹ Harju Maakohtu 20.09.2011 otsus tsiviilasjas nr 2-10-65498.

¹⁶⁰ L. Kähler. (viide 24), lk 336.

¹⁶¹ C.R. Sunstein. Review of T. Gilovich, D.W. Griffin, D. Kahnemann (eds), *Heuristic and Biases: The Psychology of Intuitive Judgement*, Cambridge, 2002, 70 *University Chicago Law Review* 757, 771. 2003. Viidatud: L. Kähler (viide 24), lk 336.

¹⁶² E. McKendrick. (viide 104), lk 681.

¹⁶³ D. Freivald (viide 16), lk 543.

¹⁶⁴ P. Varul. *Tühine tehing*. *Juridica* 1, 2011, lk 37.

¹⁶⁵ BverfG 19.10.1993. (viide 93).

vastuolus. Kui varasemalt olid vähese sissetulekuga ning kinnisvarata perekonnaliikmed sobilikud käendajad, siis praeguseks on Saksamaal jõutud selleni, et neid isikuid potentsiaalsete käendajatena ei käsitleta.¹⁶⁶ Seega puudub vähese majandusliku võimekusega isikutel võimalus krediiti saada, kuna leitakse, et lähedase perekonnaliikme käendus on pangale liiga riskantne.¹⁶⁷ Kohus on leidnud, et juhul, kui üks lepingupool on nii mõjuvõimas, et saab ühepoolset lepingu sisu mõjutada, on nõrgema lepingupoole privaatautonomia tugevalt mõjutatud.¹⁶⁸

2.2 Muud lähedased suhted perekonnas

Kui tüüpilisemad käenduslepingud on abikaasade või vanemate ja laste kohustuste täitmise tagamiseks sõlmitud käendused, siis suhteliselt suur lahutuste arv ja vabade kooslude lagunemine on viinud selleni, et elu jooksul elavad inimesed koos rohkem kui ühe abikaasa/elukaaslasega. Sageli tähendab see lisaks ka seda, et peres kasvavad lapsed ei ole partnerite ühised lapsed.¹⁶⁹ Seetõttu on potentsiaalsed käendajad ka elukaaslased, õed-vennad, poolõed-poolvennad, vanavanemad. On selge, et nimetatud isikute ringi puhul on tegemist käendajatega, kelle puhul sõltuvussuhte ärakasutamine on samuti võimalik.

Abikaasade käenduse ning sõltuvussuhte avamisel on Inglismaa ja Saksamaa puhul peamiseks sõltuvussuhte elemendiks abieluline suhe, mis annab alust arvata teise isiku ärakasutamisest tehingu sõlmimisel. Registreeritud paaride arv¹⁷⁰ järjest väheneb, mistõttu tuleb leida lahendus ka vabaabielus olevatele paaridele. Inglismaal on Lordide koda laiendanud abielulises suhtes mehe ja naise kohta käivaid printsiipe ka kõikidele teistele juhtumitele, mille puhul koos elavad paarid (nii heteroseksuaalsed kui ka homoseksuaalsed) on emotsionaalses suhtes. Võlausaldaja teadmine lähedasest suhtest on kohaldamise aluseks.¹⁷¹ Küll aga ei uuri üldjuhul pangad, milline on käendaja ja põhivõlgniku vaheline perekondlik

¹⁶⁶ L. Kähler. (viide 24), lk 342.

¹⁶⁷ L. Kähler. (viide 24), lk 345.

¹⁶⁸ BverfG 19.10.1993. (viide 93).

¹⁶⁹ L. Järviste, K. Kasearu, A. Reinomägi. Abielu ja vaba kooselu: trendid, regulatsioonid, hoiakud. Poliitikaanalüüs. Sotsiaalministeeriumi toimetised 4, 2008, lk 2

¹⁷⁰ Statistika kinnitab, et vaba kooselu on Eestis levinud – Statistikaameti andmetel ületas vabast kooselust sündinud laste arv 2007. aastal 1300 lapse võrra abi-elust sündinud laste arvu (abielust sündinud laste osakaal kõigist sündidest oli 41,9%). Vt lähemalt L. Järviste (viide 169), lk 2.

¹⁷¹ A. Tufal. Cases on Undue Influence. Arvutivõrgus. Kättesaadav: <http://www.lawteacher.net/PDF/Undue%20Influence%20Cases.pdf>, lk 3.

side, mistõttu ei pruugi võlausaldaja üldse teada, et tegemist on lähedaste isikutega ning sõltuvussuhtes sõlmitud lepingu tühistamine pole võimalik.

Kuigi Eestis pole vabaabielus paaride kooselu eraldi reguleeritud, on sõltuvussuhte olemus sellises suhtes sarnane abielus olevate paaridega. P. Kama ja K. Kullerkupu arvamuse kohaselt tuleb mitteabielulist kooselu õiguslikult vaadelda abielust erinevana, sest partnerite tahe on suunatud abieluõiguse reguleerimisalast väljajäämisele,¹⁷² on sõltuvussuhtes sõlmitud käenduslepingu puhul tähtis käendaja ja põhivõlgniku vaheline emotsionaalne suhe, mis pole arvatavasti abielulisest suhtest erinev. Seega on vabaabielus elavate paaride puhul sõltuvussuhtes sõlmitud tehingute puhul nõrgema poole kaitse kindlasti põhjendatud.

Mida suurem on perekond, seda laiem on isikute ring, kes saavad potentsiaalsed käendajad olla. Saksamaa Liidukohus (BGH) on leidnud, et iseenesest pole koos kasvanud õdede ja vendade vahel eelduslikult lähedast suhet ning sellisel juhul tuleb käendajaks olles tõendada oma lähedust ning tõsiasja, et käendaja oli lähedasest suhtest teadlik.¹⁷³ Sama põhimõtet võiks rakendada ka ühises peres kasvanud poolõdede- ja poolvendade puhul, samuti vanavanemate kasutamisel käendajatena. Siinkohal võiks tuua näite, kus käendajaks on vanavanem, kuid tegelikus suhtes käendajaga täidetakse hoopis lapsevanema rolli, mistõttu peaksid kohalduma sarnased reeglid lapse ja vanema vahelise suhtega. Kuigi üldjuhul tundub, et selliste suhete puhul on käendaja emotsionaalse läheduse ärakasutamist veelgi keerumisel tõendada kui abikaasade ja laste ning vanemate vahelistes suhetes, säilib siiski teoreetiline võimalus ka muude sugulussuhtete puhul perekonnas tuvastada emotsionaalne ärakasutamine ja lepingulise vaba tahte piiramine, mille tulemusel võiks leida, et põhivõlgnik on ära kasutanud käendaja sõltuvussuhet.

Kuigi lähedast suhet tunnistatakse ka sõprade vahel,¹⁷⁴ siis sõltuvussuhet antud situatsioonis tuleks pigem eitada.¹⁷⁵ Kuigi ajalooliselt on käendus arenenud Rooma õigusest, kus käendusel oli kindlasti ühiskonnas suurem roll kui praegu, siis olid selleks ka ühiskondlikud põhjused: väärtushinnangud ühiskonnas soosisid üks kõik mis hinna eest sõpra aitama, isiklikud tagatised olid mõjusamad ning asjaõiguslikud tagatised polnud nii hästi arenenud.¹⁷⁶ Praegusel hetkel on inimestel arvatavasti suurem valikuvabadus, keda oma kohustuse

¹⁷² P. Kama. K. Kullerkupp. Vabaabielu versus abielu: varalised suhted muutuvate kooseluvormide kontekstis. *Juridica* 4, 2002, lk 368.

¹⁷³ BGH 18.12.1997. NJW 198, 597. Viidatud: P. Rott. (viide 46), lk 262.

¹⁷⁴ BGH 18.12.1997 (viide 173).

¹⁷⁵ A. Tufal. (viide 171), lk 5.

¹⁷⁶ R. Zimmermann. *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*. Jura & Co, Ltd. Legal and Academic Publishers, South Africa, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer, Boston, 1992, lk 114- 121.

käendajaks paluda ning arvatavasti ollakse pigem valmis kasutama käendajana pereliiget. Lisaks sellele on sõprussuhte puhul on isikul siiski võimalus kohustuse käendamisest keelduda, mistõttu sõltuvussuhtes selles kontekstis rääkida ei saaks.

Ülaltoodust tulenevalt peab möönma, et emotsionaalne lähedus on ähmane mõiste, mis näitab, et inimesed käituvad sellistes situatsioonides ettearvamatult¹⁷⁷ ning sisemiste väärtushinnangute ja tõekspidamiste valguses. Kuigi teatavad reeglid ning tõendamisstandardid on võimalik paika panna, on sõltuvussuhte puhul tegemist olukorraga, mille hindamine peaks toimuma igal üksikjuhul eraldi ning olukordade puhul, mis ei mahu klassikaliste lähedaste perekonnasuhete kontseptsiooni alla, on sõltuvussuhte tuvastamine veelgi raskendatum. Siiski ei saa ka kaugemate sidemete puhul välistada sõltuvussuhte olemasolu.

2.3 Eeldused sõltuvussuhtes sõlmitud käenduslepingu heade kommetega vastuolus olevaks tunnistamiseks

2.3.1 Sooritusvõime ületamine

Üldjuhul on tagatise andmisel tüüpiliseks olukorrad, mille puhul isik käendab sugulase, sõbra või tööandja laenu tingimustel, mil käendaja majanduslik kasusaamine on vähetõenäoline või puudub täielikult ning tegelik väljavaade on pikaajaline ning suur majanduslik kaotus.¹⁷⁸ Juhul, kui laenu suuruse ning käendaja maksejõulisuse vahe on suur ning käendajaks on põhivõlgniku lähedane pereliige, kellel puudub majanduslik huvi käenduse vastu, siis võib eeldada, et pank või võlausaldaja on ebaausate võtetega ära kasutanud käendaja kogenematust või kiindumust põhivõlgnikusse.¹⁷⁹ TsÜS § 86 lg 2 järgi on tehing heade kommete vastane, kui pool teab või peab teadma tehingu tegemise ajal, et teine pool teeb tehingu tulenevalt oma erakorralisest vajadusest, sõltuvussuhtest, kogenematusel või muust sellisest asjaolust ning kui tehing on tehtud teise poole jaoks äärmiselt ebasoodsatel tingimustel või pooltele tulenevate vastastikuste kohustuste väärtus on heade kommete vastaselt tasakaalust väljas. Riigikohus on leidnud, et tühisuse tuvastamiseks TsÜS § 86 lg 2 p 2 ja lg 3 järgi tuleb kohtul esmalt kindlaks teha, kas tehingust tulenevate vastastikuste soorituste väärtus on heade kommete vastaselt tasakaalust väljas, ja seejärel kontrollida, kas isik tegi tehingu sundolukorras. Soorituste väärtuste vahe tõendamiseks tuleb poolel näidata võrreldavate soorituste objektiivsete väärtuste vahet, seega käibes tavapärast vastet tühistatava tehingu suhtes, mitte

¹⁷⁷ K. Heine. (viide 57), lk 12.

¹⁷⁸ A. Colombi Ciacchi. (viide 60), lk 27.

¹⁷⁹ BGH 26.04.2001. NJW 2001, 2466. Viidatud: P. Rott (viide 46), lk 261, 265, 275.

aga ühe poole subjektiivset huvi tehingu väärtuse vastu.¹⁸⁰ Siiski peab käenduslepingu puhul kvalifitseerima sooritusvõime ületamise pigem TsÜS § 86 lg 2 p 1 alla ehk tehing on tehtud teise poole jaoks äärmiselt ebasoodsatel tingimustel. Seega on käenduslepingu puhul võimalik, et käendusleping on TsÜS § 86 lg 2 p 1 alusel sõlmitud äärmiselt ebasoodsatel tingimustel käendaja jaoks, mis võib tuua käenduslepingu tühisuse juhul, kui TsÜS § 86 lg 2 sätestatud subjektiivsed eeldused on täidetud.¹⁸¹

Kuna käenduse võib anda iga füüsiline isik ja lepinguvabaduse tingimustes võivad pooled iseenesest leppida kokku ka suure ulatusega käenduskohustuses.¹⁸² Kuna põhiseaduse § 32 lõike 2 kohaselt on igaühel õigus oma omandit vabalt vallata, kasutada ja käsutada, siis peaks ka laenuandjal põhimõtteliselt olema õigus otsustada, millise intressiga ta laenu annab, nagu igal majandus tegevusega tegeleval isikul on õigus kokku leppida hind tema pakutava kauba või teenuse eest¹⁸³ ning ka käendajal olema vabadus anda suures ulatuses käendus. Kohustuse täitmise tagamine eeldab reaalsel võimel kohustus täita juhul, kui põhivõlgnik oma kohustust ei täida. Olukorras, kus käendaja võtab kohustuse vastutada juriidilise isiku lepinguliste kohustuste kohase täitmise eest ulatuses, mis ületab mitmesajakordselt mõistlikult käituva isiku arusaama kohustusest, mida keskmisel mõistlikult isikul oleks võimalik tavapärase majandamise tingimustest täita¹⁸⁴ võib juhul, kui tegemist on lisaks veel ka tehingu sõlmimisele kallutamise, olla tegu sõltuvussuhtes sõlmitud käenduslepinguga. Tallinna Ringkonnakohtus on leidnud, et juhul, kui käenduslepinguga on füüsilisele isikule pandud ebamõistlikult suur vastutus – kohustus, mille täitmiseks tal ilmselgelt puuduvad võimalused (vara ja sissetulekud), võib käendusleping olla heade kommete vastasuse tõttu tühine. Seda eelkõige olukorras, kus selline kohustus on pandud tarbijast käendajale ja sellise kohustuse võtmine on toimunud võlausaldaja poolt kallutatuna, tingituna erakorraliselt vajadusest ja/või kogenematuses.¹⁸⁵ Siiski tuginevad kohtud sarnastes juhtumites pigem kõrge majandusliku riski võtmisele ning leiavad, et negatiivne resultaat pole TsÜS § 86 kohaldamise aluseks.¹⁸⁶

Seetõttu on juba lepingu sõlmimisel oluline välja selgitada käendaja tegelik võime kohustust täita ning kohustuse suurus võrreldes isikliku varaga. Käendaja sissetuleku hindamine eeldab

¹⁸⁰ Riigikohtu tsiviilkolleegiumi 17.06.2011 otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-49-11, p 8.

¹⁸¹ P. Varul (viide 98), lk 277.

¹⁸² Tallinna Ringkonnakohtu 3.01.2012 otsus tsiviilasjas nr 2-09-66986.

¹⁸³ Riigikohtu tsiviilkolleegiumi 22.10.2002 otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-108-02, p 10. Vt ka: Riigikohtu tsiviilkolleegium on 13.02.2008 otsuses tsiviilasjas nr 3-2-1-140-07 p-s 32 pidanud lubamatuks ilma seaduses sätestatud aluseta sekkuda lepingulisse suhtesse ja pidada ainuüksi ebaõiglast hinnakokkulepet lepingu heade kommetega vastuolu aluseks.

¹⁸⁴ Harju Maakohtu 07.04.2011 otsus tsiviilasjas nr 2-11-817.

¹⁸⁵ Tallinna Ringkonnakohtu 27.04.2009 otsus tsiviilasjas nr 2-08-52544.

¹⁸⁶ Harju Maakohtu 07.04.2011 otsus (viide 184).

tulevikuprognoozi, mis sõltub käendaja vanusest ja haridusest, ülalpeetavate laste arvust, tööturu võimalustest ja tingimustest, varasemast töötusest. Lisaks mängib rolli ka oodatav pärimine.¹⁸⁷ Saksamaa Liidukohus (BGH) on leidnud, et 51-aastane naine, kes oli enne töö kaotamist tegev äri alal, ei ole potentsiaalse käendajana käsitletav, kuna tal puudusid täielikult väljavaated tööturul.¹⁸⁸ Loomulikult on võimalik, et käendaja, kes lepingu sõlmimisel tundub esialgu täiesti väärtusetu, võib aja jooksul muutuda jõukaks,¹⁸⁹ kuid pigem tuleks sellist teoreetilist võimalust välistada. Lisaks sellele sätestab krediitdiasutuste seaduse § 86³² lg 1 ja lg 2, et krediitdiasutuse nõu põhivõlgniku makseviivituse või muu võlasuhtest tuleneva kohustuse rikkumise korral tagatakse kaudse krediidiriski kaitsega, mille kohaselt on käendajaks madala krediidiriskiga usaldusväärne isik. Siiski ei saa väita, et pankade käendajale esitatavad nõuded alati sisaldavad endas sellistele tingimustele vastavat käendajat. Näiteks on õppelaenu tagamisel käendajale esitatav majanduslik nõue viimase kuue kuu regulaarne ja tõendatav netosissetulek, mis on vähemalt võrdne Eestis kehtiva miinimumnetopalgaga.¹⁹⁰ Kindlasti ei saa sellisele miinimumnõudele vastavat isikut pidada madala krediidiriskiga usaldusväärseks isikuks, kuna ka ühekordselt võetava õppelaenu maksimumsumma¹⁹¹ puhul on käendaja hilisem tõenäosus osutada maksejõuetuks käendajaks väga suur.

Üldiselt on käendajale seatavateks tingimusteks minimaalne vanus 18-aastat, regulaarne sissetulek või vara olemasolu ning enamikel juhtudel nõutakse, et sissetulek kantaks panka, mis väljastab ka laenu või nõutakse dokumente, mis tõendaksid, et käendajal on pangakonto ning regulaarne sissetulek.¹⁹² Tegemist on üldisemate nõudmistega käendajale. Siiski on ka kohus väitnud, et laenuandja pole kunagi laenu andmisel sundolukorras,¹⁹³ mistõttu ei saa olla põhjendatud väga haavatavate isikute kasutamine käendajana ning võlausaldajal on kohustus hoolikalt kontrollida käendaja maksevõimelisust. Kuigi praktikas on juhtumeid, kus käendajad on kohtusse pöördunud ka juhul, kui võetud kohustus käis üle jõu, on Harju maakohus leidnud, et iseenesest on õige väide, et võlausaldaja peab kontrollima tagatislepingu sõlmimisel käendaja võimet laenulepingu tagada, kuid kuna käendaja ei ole esitanud tõendeid selle kohta, et millised konkreetsed kohustused käenduslepingu sõlmimisel on täitmata jäetud, on väited paljasõnalised ja täpsustamata.¹⁹⁴ Seega ei piisa vaid käendaja faktilisest väitest, et

¹⁸⁷ BGH 4.12.2001. ZIP 2002, 210. Viidatud: P. Rott (viide 46), lk 260.

¹⁸⁸ BGH 25.01.2005. WM 2005, 418, NJW 2005, 1997. Viidatud P. Rott (viide 46), lk 260.

¹⁸⁹ P. Rott (viide 46), lk 256.

¹⁹⁰ Swedbank. Õppelaenu tingimused. Arvutivõrgus. Kättesaadav: <https://www.swedbank.ee/private/credit/loans/student>, 06.05.2013.

¹⁹¹ 2012/13. õppeaastal on laenusumma maksimaalmääraks 1920 eurot. Swedbank (viide 190).

¹⁹² I. Kull. (viide 35), lk 109.

¹⁹³ Harju Maakohtu 3.11.2011 otsus tsiviilasjas nr 2-11-4320.

¹⁹⁴ Harju Maakohtu 28.09.2012.a otsus tsiviilasjas nr 2-12-15424, p 14.

kohustus oli liiga suur ning ülejõukäiv. Kuna käenduslepingu puhul on tegemist lepinguga, mille puhul käendaja ei omanda tavapäraselt mingeid õigusi, on ebasoodsatel tingimustel sõlmitud käenduslepingu puhul oluline määratleda, millised on kriteeriumid lepingulise suhte ebalproportsionaalsuse hindamiseks.

Peamiseks kriteeriumiks on tagatiseks antava väärtuse ning tegeliku sissetuleku ja vara vahe. Kui summa, mida käendatakse ületab sissetuleku ja tegeliku vara ning põhivõlgniku ja käendaja vahel on lähedane suhe, leiab Saksamaa õiguspraktika, et leping on BGB § 138 lg 1 kohaselt tühine. Peamiseks põhjenduseks loetakse, et selline leping sõlmitaks vaid sellise inimese poolt, keda juhib tugev emotsionaalne side põhivõlgnikuga ning võib eeldada, et pank on ära kasutanud sõltuvussuhet, mis on tühisuse aluseks.¹⁹⁵ Isegi juhul, kui käendajaks on äritegevuses kogenud isik, on eeldused täidetud, kuna ka kogenud isikut juhivad emotsioonid.¹⁹⁶ Sellisel juhul peab põhivõlgnik viitama asjaoludele, mis selgitavad, miks leping pole ebalproportsionaalne. Lisaks märgitakse BGB § 138 lg 2, et tehing on soorituste silmatorkava ebalproportsionaalsuse korral tühine, kui isik kasutab ära teise poole sundolukorda, kogenematust, otsustusvõime puudujääki või olulist tahtejõuetust enda või kolmanda isiku huvides.

Seega ei ole väärtuste erinevus iseenesest see, mis põhjustab lepingu tühistamise, vaid silmatorkav ebalproportsionaalsus soorituse ja vastusoorituse vahel, kui selle põhjustas teise nõrgema lepingulise positsiooni ärakasutamine. BGB-s lähtutakse eeldusest, et juhul kui mõlemad pooled on võimelised asjaolusid õigesti hindama ning tegema kohaseid järeldusi, siis isikute poolt sõlmitud kokkulepe jääb kehtima.¹⁹⁷ Heade kommete vastane iseloom võib tuleneda teatud asjaolust või kogu tehingust arvestades tehingu sisu, eesmärki või ajendit. Lähtuvalt eeltoodust on Saksamaal tugevasti juurdunud nõrgemas positsioonis olevate isikute kaitse lepinguliste kohustuste olulise mittevastavuse korral ning sarnane lähenemine on ka Austria tsiviilkoodeksis (ABGB)¹⁹⁸. ABGB § 879 lg 2 p 4 vastab peaaegu täielikult Saksa BGB § 138 lg-le 2 ning selle alusel on tehing soorituste silmatorkava ebalproportsionaalsuse korral tühine, kui isik kasutab ära teise poole kergemeelsust, sundolukorda, kogenematust, hingeerutust või mõistusenõrkust enda või kolmanda isiku huvides.

Lisaks üldistele reeglitele on käenduse ebalproportsionaalsuse hindamisel mõned riigid lisanud vastavad sätted ka tarbijakaitse seadusesse. Näiteks sätestab Prantsusmaa tarbijakaitse seadus,

¹⁹⁵ BGH 22.01.1991. NJW 1991, 923. Viidatud: P. Rott (viide 46), lk 259.

¹⁹⁶ BGH 27.01.2001. NJW 2000, 1182. Viidatud: P. Rott (viide 46), lk 259.

¹⁹⁷ R. Zimmermann (viide 176), lk 269.

¹⁹⁸ Austria tsiviilkoodeks. Arvutivõrgus. Kättesaadav: <http://www.ibiblio.org/ais/abgb1.htm>. 06.05.2013.

et kui käendusega võetud vastutus ületab ebaproportsionaalselt käendaja vara ja sissetulekut lepingu sõlmimise ajal, ei ole võlausaldajal õigust käendusele tugineda, välja arvatud juhul, kui käendaja varanduslik seisund nõude sissenõudmise ajal seda võimaldab.¹⁹⁹ Üldjuhul sõlmitakse sellistel tingimustel tehinguid juhul, kui selleks on eriline vajadus või sundolukord. Tehingu heade kommete vastasust tuleks eitada juhul, kui soorituste väärtuste vahe oli küll suur, kuid sundolukorda ei olnud, sest isik oleks sõlminud tehingu igal juhul. Samuti võiks näiteks tuua Austra tarbijakaitse seaduse § 25 (d) (1), mille kohaselt võib kohus käendaja osaliselt või täielikult vastutusest vabastada juhul, kui asjaolusid arvestades on kohustuse vahekord ebamõistlik ning tingimused, mis põhjustasid ebavõrdsuse, olid võlausaldajale teada.²⁰⁰ Üheks subjektiivseks tingimuseks on § 25 (d) (2) 4. puhul emotsionaalne lähedus või sõltuvus põhivõlgnikust ajal, mil kohustus loodi. Kohtul on võimalus sellel alusel käendussummat vähendada ning juhul, kui ka subjektiivne asjaolu on faktiliselt tõestatud, on suurem tõenäosus, et kohus käendussummat vähendab. Kui võlausaldaja on teadlik, et käendaja ja põhivõlgniku vahel on lähedane suhe ning käendusleping pole sõlmitud vabast tahtest lähtuvalt ning on piisavad tõendid selle kinnitamiseks, on tõenäosus veel suurem.²⁰¹ Eeldatavasti on käendaja puhul eriseadustest tulenev teadlikkus kindlasti seotud suurema õiguskindlusega ning konkreetsemad juhised võimaldavad ka kohtul otsuse tegemisel lähtuda konkreetsematest normidest.

2.3.2 Teise poole rasketest asjaoludest teadmine või teadma pidamine

Vastavalt TsÜSi kommentaaridele on TsÜS § 86 lg 2 kohaldamise eelduseks veel subjektiivse koosseisu kohaselt vajalik, et pool teab või peab teadma tehingu tegemise ajal, et teine pool teeb tehingu tulenevalt oma erakorralisest vajadusest, sõltuvussuhtest, kogenematuses või muust sellisest asjaolust. Eeldus ei sõltu sellest, kas tehingu algatas ebasoodsas positsioonis olev isik ise või tehingu teine pool. Teise poole rasketest asjaoludest teadmine või teadma pidamine tähendab ühtlasi nende asjaolude teadlikku ärakasutamist teise poole jaoks ebasoodsa tehingu tegemisel. Teisel lepingupoolel ei pea olema ärakasutamise eesmärki, kuid ta on teadlik või peab olema teadlik, et tegelik ärakasutamine toimub.²⁰² Seega peab isik peab

¹⁹⁹ D. Freivald (viide 16), lk 543.

²⁰⁰ Märkus: Autori vaba tõlge. W. Faber. Austria. In: A. Colombi Ciacchi. S. Weatherill (eds). *Regulating unfair banking practices in Europe: the Case of Personal Suretyships*. Oxford University Press 2010, lk 54.

²⁰¹ W. Faber. (viide 200), lk 55.

²⁰² P. Varul (viide 98), lk 279.

arvestama teise poole huvidega juhul, kui ta teadis või pidi teadma, et teine pool ei ole võimaline ise oma huvisid ise kaitsma.

Teise poole rasketest asjaoludest teadmine tähendab tahtlikult tema ebasoodsa positsiooni ärakasutamist tehingu tegemiseks. Isik ei pea otseselt tegutsema ärakasutamise eesmärgiga, vaid ta peab olema teadlik teise poole ebasoodsast olukorrast, selleks et sätet kohaldada. Seejuures ei ole oluline asjaolu, kas ärakasutamine oli edukas ning kas ärakasutajale sellest kasu sai või sattus ta ise ebasoodsasse olukorda.²⁰³ TsÜS § 86 lg 2 kehtib ka siis, kui isik ei teadnud teise poole ebasoodsatest asjaoludest, aga ta pidi sellest teadlik olema. VÕS § 15 lg 4 kohaselt juhul, kui isik ei teadnud õiguslikku tähendust omavat asjaolu raske hooletuse tõttu, siis arvestatakse, et ta pidi seda asjaolu teadma. Vastavalt VÕS § 104 lg 4 tähendab raske hooletus käibes vajaliku hoole olulisel määral järgimata jätmist. Seega on oluline, kas tehingupool on järginud olulisel määral käibes vajalikku hoolt teise poole erakorralise vajaduse, sõltuvussuhte, kogenematus jms tuvastamiseks.²⁰⁴ Käibes vajaliku hoole olulisel määral järgimata jätmisel saab väita, et isik pidi neid asjaolusid teadma.²⁰⁵ Seega kui isik jätab olulisel määral järgimata käibes vajalikku hoolt ning on seetõttu teadmatutes teise isiku rasketest asjaoludest, siis on võimalik kohaldada TsÜS § 86 lg 2. Siiski on küsitav, milline on käibes vajalik hool sõltuvussuhte korral.

Vastavalt kohtupraktikale võib see esineda nii juhul, kui üks pool teise majanduslikult nõrgemat positsiooni teadlikult enda kasuks lepingu sõlmimisele kallutamiseks kasutab, aga ka siis, kui soodustatud pool ei asu küll ise aktiivselt vastaspoole surveolukorda ära kasutades lepingu sõlmimisele kaasa aitama, kuid ei pööra vastaspoole sundolukorrale lepingut sõlmides tähelepanu.²⁰⁶

TsÜS § 86 lõike 2 kohaldamisel võib olla probleemiks ka tõendamiskoormuse jagamine. Kes peab mida tõendama? Sellele küsimusele pakub vastuse üldine tõendamisreegel – igaüks tõendab seda asjaolu, mis on temale kasuks. Seega kui isik tugineb kohtus tühisusele, siis peab tema tõendama nii objektiivsete kui ka subjektiivsete asjaolude esinemise.²⁰⁷ TsÜS § 86 lg 3 muudab tõendamiskoormust teise poole sundolukorrast teadmise või teadma pidamise osas tühisusele tugineda sooviva isiku kasuks, kui poolte soorituskohustuste väärtuste vahe on heade kommete vastaselt ebamõistlikult tasakaalust väljas. Sellisel juhul peab tehingu

²⁰³ F. J. Säcker. Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. München, Verlag C. H. Beck, 2006. lk 1711.

²⁰⁴ P. Varul (viide 98), lk 279.

²⁰⁵ Tsiviilseadustiku üldosa seaduse ja võlaõigusseaduse muutmise seaduse eelnõu seletuskiri (viide 2).

²⁰⁶ Riigikohtu tsiviilkolleegiumi 17.06.2011 otsus (viide 180), p 10.

²⁰⁷ Tsiviilseadustiku üldosa seaduse ja võlaõigusseaduse muutmise seaduse eelnõu seletuskiri (viide 2).

kehtivusest huvitatud isik tõendama, et ta teise poole tehingu tegemise aluseks olnud sundolukorrast ei teadnud ega pidanudki teadma. Seejuures on Riigikohtu hinnangul oma majandus- või kutsetegevuses tegutseva krediidiandja hoolsuskohustus teise poole sundolukorra välistamiseks rangem kui teistel isikutel. Seda, kas majandus- ja kutsetegevuses tegutsev krediidiandja on olnud piisavalt hoolas hindamaks teise poole sundolukorda (küsimustiku põhjalikkus, tehingu teise poole vastused küsimustikule, individuaalvestlused tehingu teise poolega vms), tuleb hinnata igal üksikjuhul eraldi.²⁰⁸

Kindlasti ei saa krediidiandja hoolsuskohustusest vabaneda, nõudes internetis täidetavale ankeedile kinnitust, et lepingu sõlmimisel ei olnud tegemist sõltuvussuhtega. Tegemist on tüüptingimusega lepingus ning taoline käitumine ei ole kindlasti vastavuses hoolsuskohustusega. Tallinna Ringkonnakohtu otsuses tsiviilasjas nr 2-10-2110 kinnitas isik lepingut sõlmides, et tal ei esine sõltuvussuhet, mis sunniks teda laenu võtma, ta kasutab laenu ainult tarbimiseks, mitte erakorralise olukorra või vajaduste rahuldamiseks, ta on teadlik, et krediidiasutuste tarbimislaenude krediidi kulukuse määr võib olla väiksem kostjalt võetava laenu krediidi kulukuse määrast ning ta ei pea lepingu tingimusi enda jaoks äärmiselt ebasoodsaks. Siiski leidis kohus, et krediidiandja kontrollis piisava põhjalikkusega isiku maksevõimet ning kuna lepingu tühisusele tuginev isik ei suutnud kohtuistungil välja tuua, milles sõltuvussuhe seisnes, siis käenduslepingut heade kommetega vastuolus olevaks ei tunnistatud.²⁰⁹ Antud juhul oli otsuse tegemisel kindlasti määravaks ka asjaolu, et käendaja näol oli tegemist ettevõtluses tegutseva isikuga ning kohus põhjendas oma seisukohta sellega, et tegemist oli tavatarbijaga võrreldes kõrgendatud teadmistega isikuga ning käendatav summa kõigest 1000 krooni.²¹⁰ Siiski peab asuma seisukohale, et taolise kinnituse küsimine ei vabasta krediidiandjat oma hoolsuskohustuse täitmisest ning Riigikohtu hinnang majandus- ja kutsetegevuses oleva isiku rangema hoolsuskohustuse osas ei ole kindlasti põhjendatav internetis kinnituse küsimisega.

²⁰⁸ Riigikohtu tsiviilkolleegiumi 17.06.2011 otsus (viide 180), p 10.

²⁰⁹ Tallinna Ringkonnakohtu 7.12.2011 otsus tsiviilasjas nr 2-10-2110.

²¹⁰ Tallinna Ringkonnakohtu 7.12.2011 otsus (viide 210).

3. Sõltuvussuhe juriidiliste isikute kohustuste käendamisel

3.1 Juriidilise isikuga seotud füüsiliste isikute poolt antud käendus

Eelnevalt jõudis autor järeldusele, et võlausaldaja käenduslepingus on lepingulises suhtes tugevamaks pooleks ning käesolevaks hetkel võimaldab seadusandlus kaitsta tarbijakäenduse sätetega ka kõiki füüsilisi isikuid, kes sõlmivad juriidilise isiku kohustuste täitmise tagamiseks käenduslepingud. Peamised olukorrad, kus füüsilised isikud (enamasti juhatuse liikmed või muud äriühinguga lähedalt seotud isikud) käendavad juriidilise isiku poolt võetud kohustust, on ettevõtete asutamisel sõlmitud laenulepingud. Eesti pangad pakuvad väikeettevõtte käenduslaenu, et aidata leida finantseeringut alustavate ja kuni kolm aastat tegutsenud väikese ja keskmise suurusega ettevõtete ning FIE-de uutele investeeringutele kui ka käibevahenditele ning panna seeläbi alus äri kiirele kasvule. Swedbank nimetab seda laenu stardilaenuks.²¹¹ Laenu tagatiseks on ettevõtte füüsilisest isikust omanike solidaarne isiklik käendus 30-40% ulatuses laenusummast ning KredExi käendus 75% laenu summast.²¹² Laenu saab võtta juba siis, kui äriühingut veel asutatud pole, kuid äriplaani ning idee on juba olemas. Lisaks sellele on teatud tegevusaladel, näiteks ehitusvaldkonnas, pikka aega olnud tavaks, et äriühinguga laenulepingu sõlmimise eelduseks on täiendava tagatisena juhatuse liikme isiklik käendus.²¹³ Sellises situatsioonis on tervitatav, et Eesti seadusandja on eemaldunud tarbijakäenduse puhul käendaja kitsendamisest üksnes tarbija mõistega ning isiku seotuse analüüs tema majandus- ja kutsetegevusega pole siinkohal enam oluline.

Küll aga on füüsilised isikud oma käitumises samavõrd haavatavad, olenemata kas nad käituvad majandus- ja kutsetegevuses või sooritavad tehinguid isiklikust eesmärgist lähtuvalt. Seetõttu võiks tõusetada küsimus, kas äriühinguga seotud füüsiliste isikute puhul on samuti võimalik sõltuvussuhte ärakasutamine juhul, kui isik ei ole oma tahtes lepingut sõlmida vaba ning teeb tehingu emotsionaalses sundseisus. Selge on see, et ka juriidilise isiku puhul on tehingute sõlmija füüsiline isik. Siiski on Eesti seadusandja sellistel tingimustel näinud, et võrreldes perekonnaliikmetega või muude seotud isikutega, kes omavahel tehinguid sõlmivad, on juriidiline isik on juhtorganite liikmete valikus vaba ning seega saab alati sõltuvussuhtes olevad või kogenematud juhtorgani liikmed või lepingulised esindajad välja vahetada.²¹⁴

²¹¹ Swedbank. Alustavale ettevõtjale. Arvutivõrgus. Kättesaadav:

<https://www.swedbank.ee/business/home/more/starting?language=EST>. 06.05.2013.

²¹² KredEx tutvustus (viide 19). VT ka täpsemaid tingimusi stardilaenu saamisel. 06.05.2013.

²¹³ M. Vutt. (viide 7), lk 25.

²¹⁴ Tsiviilseadustiku üldosa seaduse ja võlaõigusseaduse muutmise seaduse eelnõu seletuskiri (viide 2).

Samas tundub, et sellise käsitlesega on tähelepanuta jäänud tõsiasi, et juhtorgani liige ongi juriidilise isiku eest otsuste tegemisel seotud ning seda olenemata sellest, millise juhatuse liikmega on tegemist, mistõttu ei saa täielikult nõustuda väitega, nagu oleks sõltuvussuhtes olevad juhatuse liikmed võimalik igal hetkel välja vahetada, kuna sõltuvussuhte aluseks olev suhe ei muutu. Kindlasti on siinkohal oluline ka see, kas tegemist on äriühinguga, mille puhul omanik ning juhtorgani liige on ühes isikus või on äriühingu poolt juhtorgani liikmed määratud.

Saksamaa kohtupraktika pereliikmete käenduse heade kommete vastaseks tunnistamise osas ei kohaldu ärilistele käenduslepingutele, küll aga on reegleid laiendatud käenduslepingutele, mis on sõlmitud aktsionäride ja tegevjuhtide poolt äriühingu laenude tagamiseks.²¹⁵ Seega on tagatud ka füüsilisest isikust juriidilise isikuga seotud käendajate kaitse juhul, kui isik sõlmib käenduslepingu tulenevalt sõltuvussuhtest. Kui pereliikmete puhul on käenduse sõlmimisel enesemääramise õiguse piiratus kindlasti paremini tõendatav, siis sama põhimõtet peaks saama rakendada ka muudel juhtudel. Lisaks on leitud, et sarnane põhimõte võiks kehtida ka töötajate puhul, kes käendavad oma tööandja laene.²¹⁶ Ebasoodsatel tingimustel sõlmitud käendusleping põhivõlgniku laenude käendamisel, kes pole pereliige (põhivõlgniku töötaja) on ebamoraalne, kui tõendatakse, et käendaja ei saanud lepingusse astuda oma vabast tahtest lähtuvalt.²¹⁷ Sellest tulenevalt võiks võlausaldajal olla kohustus juhul, kui käenduslepingut sõlmides tekib kahtlus, et tegemist on sõltuvussuhtes tegutseva käendajaga, pakkuda võimalust kasutada nõustajat, et käendusleping sõlmitaks vabast tahtest lähtuvalt.²¹⁸

Siiski tuleb äriühingute puhul silmas pidada, et tegemist on majandus- ja kutsetegevuses sõlmitud lepingutega, mille puhul tuleb arvestada ärilisi riske ning suured kulutused on loomulik osa äritegevusest. Samuti pole võimalik enda kaitsmine kõikvõimalike ohtude eest. Juhul, kui ettevõtte tegevjuht annab pärast pangapoolset põhjalikku riskianalüüsi ning tagajärgede selgitamist käenduse oma ettevõttele, siis L. Kähler leiab, et suure tõenäosusega ei ole antud juhul tegemist sõltuvussuhte ärakasutamisega, kuna isik saab vabalt otsustada, mil määral äriühing krediiti kasutab ning millesse suunab. Vaba turu põhimõttele tuginedes on igal isikul võimalik teha otsuseid, mida peetakse õigeks²¹⁹ ning hiljem kohustus nende eest ka vastutada. Harju maakohus on otsuses 2-09-20996 leidnud, et äriühingu juhatuse liikmetel ning osanikel on arusaamine äritegevuse ja rahaasjade korraldusest, sealhulgas lepingute

²¹⁵ P. Rott (viide 46), lk 255.

²¹⁶ A. Colombi Ciacchi. (viide 34), lk 306.

²¹⁷ BGH 14.10.2003. NJW 2004, 161. Viidatud: P. Rott (viide 46), lk 258.

²¹⁸ R. Parry. (viide 20), lk 363.

²¹⁹ L. Kähler. (viide 24), lk 336-337.

sõlmimisega kaasnevatest kohustustest, mistõttu heade kommete vastasust ning sõltuvust ei saa tuvastada.²²⁰

Käendaja majandusliku võimekuse hindamisel on väga oluline roll võlausaldajal (pangal), kellel on kohustus järgida head pangandustava ning seeläbi kindlustada turu efektiivne toimimine ning võimalikult usaldusväärsete käendajate kasutamine. Kuigi maakohtud on oma lahendites tuvastanud, et käendaja majanduslikku seisu ning põhjalike andmete esitamist pole võlausaldaja nõudnud, ei oma käenduslepingu tühisuse tuvastamisel siiski tähtsust, kas käendusleping on majanduslik mõistlik või tõsiasi, et käendati kontrolli all mitteoleva äriühingu laenu.²²¹ Siiski on kohtute poole sarnaste probleemidega pöördutud, kuid suure majandusriski võtmine ning sellest tulenev negatiivne resultaat pole osutunud põhjendatuks ning TsÜS § 86 kohaldamise aluseks ka olukorras, kus käendaja füüsilise isikuna tehingu sõlmimisele kallutatuna võttis endale kohustuse vastutada juriidilise isiku lepinguliste kohustuste kohase täitmise eest sellises ulatuses, mis ületab mitmesajakordselt mõistlikult käituva isiku arusaama kohustusest, mida keskmisel mõistlikult isikul oleks võimalik tavapärase majandamise tingimustest täita.²²² Ilmselt tuleb siinkohal jaatada kohtute laialdast lepinguvabaduse kaitsmist ning liberaalset ühiskonnakäsitlust, mille puhul äriliselt ebaotstarbekatesse otsustesse sekkutakse vaid äärmistel juhtudel ning pigem tundub, et juhatuse liikmete, aktsionäride ja muude juriidilise isikuga seotud persoonide tugevalt sooritusvõimet ületavad käendused selle kontseptsiooni alla ei mahu. Pigem on kohtud seisukohal, et käendajal on kohustus ise hinnata oma maksevõimet ning võimet kohustust täita.²²³ Maakohus pole pidanud sõltuvussuhtes sõlmitud käenduslepingu puhul piisavalt tõendatuks ka juhtumit, kus hageja kasutas ära kostjate seotust ja majanduslikku sõltuvust põhivõlgnikust ning sundis sõlmima käenduslepingut järjest suuremate summade peale olukorras, kus kostjate sissetulekud ega varalised seisundid ei võimaldanud tasuda hageja ees ka väikest osa tagatud laenudest.²²⁴ Vastupidiselt autori arusaamale, et taolise väite puhul tuleks tõsisemalt kontrollida, milles sõltuvussuhe seisnes, leidis kohus, et kostja väidete pinnalt võiks just kui teha järelduse, et tegemist on vaimselt keskmisest vähemvõimekate inimestega, kellel puudub selge arusaamine ümbritsevast tegelikkusest ja keda on seetõttu ära kasutatud,²²⁵ millega kindlasti nõustuda ei saa. Olenemata isiku vaimsest võimekusest, on sõltuvussuhtes sõlmitud lepingute(puhul määravaks emotsionaalne või majanduslik sõltuvus,

²²⁰ Harju maakohtu 05.03.2010 otsus tsiviilasjas nr 2-09-20996, p 9.

²²¹ Tallinna Ringkonnakohtu 10.12.2012 otsus tsiviilasjas nr 2-11-54882, p 43.

²²² Harju Maakohtu otsus 05.03.2010 otsus tsiviilasjas nr 2-11-817.

²²³ Harju maakohtu 05.03.2010 otsus (viide 220), p 10.

²²⁴ Harju maakohtu 05.03.2010 otsus (viide 220), p 7.

²²⁵ Harju maakohtu 05.03.2010 otsus (viide 220), p 12.

mistõttu võivad ka väga teadlikel tingimustel käenduse sõlminud isikud olla lepingusse astunud tahtevastaselt. Seega ei saa vaid isiku vaimset võimekust lugeda indikaatoriks sõltuvussuhte tuvastamisel.

Sellele vaatamata on praktikas juhtumeid, kus juhatuse liige käendajana tugineb asjaolule, et ei saanud käendajana aru käenduslepinguga kaasnevatest õiguslikest tagajärgedest. M. Vutt on TsÜS § 86 kohaldamise kohtupraktika analüüsis kirjeldanud juhtumit, kus töövõtja lepingu käendamisel sõlmitud isiklik käendus juhatuse liikmega oli isiku arvates juriidilise isiku garantii. Juhatuse liige esitas nõudele TsÜS § 86 lg 2 alusel tühisuse vastuväite ning põhjendas tühisust asjaoluga, et oli sunnitud käenduse andma tulenevalt erakorralisest vajadusest, väites, et ta oli käendust andes sundolukorras, kuna hagejaga lepingu sõlmimine oli ettevõtja jätkusuutliku tegevuse tagamiseks hädavajalik. Samuti märkis juhatuse liige, et ta ei olnud teadlik, et käenduslepingu sõlmimisega vastutab ta kohustuse täitmise eest kogu oma varaga.²²⁶ Harju maakohus tehingu tühisust TsÜS § 86 lg 2 alusel ei tuvastanud, kuna rakendamise üheks eelduseks on, et pool teeb tehingu tulenevalt oma erakorralisest vajadusest, juhatuse liige aga ei tuginenud sellele, et ta sõlmis käenduslepingu oma erakorralise vajaduse tõttu, vaid väitis, et ta pandi sundolukorda, kuna leping oli äriühingu jätkusuutliku tegevuse tagamise seisukohast hädavajalik ja lepingu sõlmimine seati omakorda sõltuvusse käenduse andmisest. Lisaks sellele märkis kohus, et usutavad ei ole käendaja väited käenduslepingu sõlmimisel kaasnevatest õiguslikest tagajärgedest – äriühingu juhatuse liikmena ei saa käendaja olla tehingute tegemisel kogenematu.²²⁷ Lisaks sellele on Harju maakohus leidnud, et juhatuse liikme poolt isikliku käenduse andmine selleks, et ettevõtte saaks sõlmida tööks vajaliku lepingu, ei ole käsitatav erakorralise vajaduse või sundolukorrana TsÜS § 86 mõttes.²²⁸ Käenduslepinguga kaasnevate õiguslike tagajärgede mittemõistmine on kindlasti võimalik ka olukorras, kus käendusleping sõlmitakse laenuhalduri poolt igaks juhuks, jättes mulje, et tegemist on vaid formaalsusega. Sellisel juhul oleks võimalik lugeda käendusleping on heade kommetega vastuolus olevaks, kuna võlausaldaja ei teavitanud käendajat piisavalt võetavast riskist ja selle tagajärgedest ning jättis võetavast kohustusest vale mulje.²²⁹ Sellele vaatamata leidis kohus, et kuigi krediitiasutus peab kontrollima tagatislepingu sõlmimisel käendaja võimet laenulepingut tagada, ei ole käendaja esitanud tõendeid selle kohta, millised konkreetsed kohustused jättis hageja täitmata

²²⁶ Harju maakohu 12.01.2012 otsus tsiviilasjas nr 2-10-45626. Viidatud: M. Vutt. (viide 7), lk 19.

²²⁷ Harju maakohu 12.01.2012 otsus (viide 226). Viidatud: M. Vutt. (viide 7), lk 19.

²²⁸ Harju Maakohu 28.11.2008 otsus tsiviilasjas nr 2-10-43457.

²²⁹ Tallinna Ringkonnakohtu 30.01.2013 otsus tsiviilasjas nr 2-12-15424, p 6.

käenduslepingu sõlmimisel ning seetõttu heade kommete vastaseks tehingut ei tunnistanud.²³⁰ Seega võib väita, et isegi kui käendajad tunnevad, et tegemist on mõneti koormava ja tahtevastase lepinguga, on tõendite esitamine ning sõltuvussuhte välja toomine puudulik, mistõttu kohtulik kaitse samuti vähetõenäoline.

Kui lapse ja vanema vaheline suhe ning sellest tulenev võimalik sõltuvussuhe peaks üldiselt kestma jääma, siis ettevõtte on ettevõttega seotud isikute puhul valikus vaba ning nagu on seaduseandja eelnevalt välja toonud, siis on sõltuvussuhtes olevad juhatuse liikmed alati ettevõttel võimalik välja vahetada. Kuigi see ei muuda sõltuvussuhet olematuks, võib siiski tekkida küsimus, kas juhul, kui juhatuse liige või osanik ei ole enam juriidilise isiku ehk põhivõlgnikuga seotud, kaob ka huvi ettevõtte kohustust tagada. Huvitaval kombel on ka sellisel juhul kohtu poole pöördunud väitega, et juhul, kui laenuleping sõlmiti põhivõlgniku ja laenuandja vahel ettevõtte tegevuse finantseerimiseks ja käenduse andis isik juhatuse liikmena, siis käenduslepingu sõlmimisel ei selgitatud talle, et käendusleping kehtib ka siis, kui ta ei ole enam juhatuse liige ega osanik. Juhatuse liige oli seisukohal, et käenduse peab andma just äriühinguga seotud isik, kes oleks motiveeritud ettevõtet võimalikult kasumlikumalt juhtima ning asjaolude muutumisel puudub isikul tahe laenu käendada.²³¹ Kohus leidis, et olukord, kus juhatuse liige sõlmib käenduslepingu selleks, et saada äriühingule laenu, ei ole käsitatav sõltuvussuhte ega erakorralise vajadusena TsÜS § 86 lg 2 mõttes. Kuigi võib tunduda, et taolistel tingimustel käenduse sõlmimine ning hiljem käenduse tühisusele tuginemine on olukord, mille puhul pole tühisust võimalik jaatada, on taolistes olukordades käenduse sõlmimise puhul kindlasti põhjuseks vähene informeerimine käendusega seotud tegelikest riskidest, mistõttu perekonnaliikmete käenduse puhul välja toodud potentsiaalse sõltumatu nõustaja kasutamine taoliste lepingute puhul on kindlasti mõistlik ning aitab hiljem ära hoida kohtuvaidlusi.

Kui juhatuse liikmete, aktsionäride ja muude juriidilise isikuga otseselt seotud füüsiliste isikute poolt antud käenduse puhul tuleks pigem jaatada majanduslike riskide võtmist, siis nagu eelnevalt mainitud, on Saksamaa kohtupraktika leidnud, et pereliikmete puhul kohaldatav kohtupraktika pädeb ka töötajate puhul, kes käendavad oma tööandja laene. Kui töölepingu alusel töösuhte tuvastamisel on kohtud kasutanud mõistet sõltuvussuhe, siis on autor seisukohal, et ka käenduslepingu sõlmimise kontekstis oleks võimalik neid põhimõtteid üle tuua. Tartu ringkonnakohus on leidnud, et otsustamaks selle üle, kas tegemist on töösuhtega, tuleb kaaluda eelkõige töötaja ja tööandja vahelist sõltuvussuhet, millisel määral

²³⁰ Tallinna Ringkonnakohtu 30.01.2013 otsus (viide 229), p 11.

²³¹ Harju Maakohtu 26.10.2011 otsus tsiviilasjas nr 2-11-89-57.

on töötaja vaidlusaluses suhtes allutatud tööandjale ehk teisisõnu, milline on vaadeldavas suhtes töötaja iseseisvuse määr.²³² Töötaja iseseisvuse määr on oluline ka emotsionaalse ning majandusliku sõltuvuse puhul, kuna annab indikaatori, kas lepinguline kohustus on kujunenud vabast tahtest lähtuvalt. Ilmselt on töö kaotamine võrreldav olukorraga, kus kardetakse rikkuda perekondlikke suhteid ning ollakse moraalselt valmis võtma igasuguseid finantskohustusi. Siiski pole Eesti kohtupraktikas kohus heade kommete vastaseks pidanud asjaolu, kui käenduse andis osaühingu töötaja, kes väitis, et oli käenduse andmiseks sunnitud, kuna teda kohustas selleks osaühingu juhatuse liige.²³³

3.2 Juriidilise isikuga seotud teiste juriidiliste isikute poolt antud käendus

Lisaks füüsilistele isikutele, kes käendavad juriidilise isiku poolt võetud laene, on võimalus ka juriidiliste isikute kohustuste käendamine teise juriidilise isiku poolt. Üheks võimaluseks on suurte kontsernide poolt võetud laenud ning nende käendamine tütarettevõtete poolt. Sellisel juhul on tütarettevõttel ellujäämise eesmärgil sisuliselt võimatu kohustusest keelduda ning seetõttu peaks olema võimalus täiendavaks kaitseks. Selliste lepingute kaitsevajaduse põhjendamine võiks tuleneda asümeetriliste lepingute teooria järgi nõrgema lepingupoole kaitsevajadusest ning emaettevõtte ja tütarettevõtte suhtes võib laenu käendamine olla mõneti sarnane vanema ja lapse vahelises suhtes käendajaks hakkamisega, kuna tegemist on suhtega, mille puhul majanduslik sõltuvus on ilmne. B. Fages leiab, et juriidiliste isikute vahelise suhte puhul peaks läbirääkimiste vabadus olema peamisi printsiipe,²³⁴ mis aga sõltuvussuhtes sõlmitud lepingu puhul pole piisavalt kaitstud.

Tundub, et uus trend lepinguõiguses on tarbijakeskse lepinguõiguse taandumine asümeetriliste lepingute ees. Järjest rohkem kaitstakse lepingulistes suhetes nõrgemat poolt, kes tingimata ei ole tarbija, vaid samuti äriühing (ebavõrdsed B2B lepingud). Poliitilises mõttes võib see kaasa turgude efektiivse ning õiglase reguleerimise, samas aitab tehniliselt kaasa lepinguõiguse killustatuse vähenemisele ning ühtsustamisele. Küsitav on, kas tuleks üldse luua nõu uus lepinguliik- ebavõrdsete äriühingute vahel sõlmitud lepingud või peaks seda tegema senise õiguskorra raames. Itaalia õigusteadlased eesotsas Vincenzo Roppoga on seisukohal, et kuigi Euroopa Liidu tarbijaõiguse aeg on tulemas, on võib-olla selleks juba

²³² Tartu Ringkonnakohtu 30.05.2011 otsus tsiviilasjas nr 2-10-3882.

²³³ Harju Maakohtu 21.06.2011 otsus tsiviilasjas nr 2-10-5864.

²³⁴ B. Fages. (viide 74), lk 307.

liiga hilja, kuna tarbijaõigus ei suuda sellisena oma eesmärgi täites ellu jääda ning suudaks seda teha üksnes transformeerudes uueks ning üldisemaks asümeetriliste lepingute õiguseks.²³⁵

Sellist mõtet on kaudselt toetanud ka Euroopa Kohus oma lahendis C-269/95, kus leidis, et selleks, et kindlaks teha, kas isikut saab kvalifitseerida tarbijana, peab pöörama tähelepanu ka isiku tegelikule positsioonile lepingus, samuti lepingu eesmärgile, mitte ainult subjektiivsele tarbija mõistele.²³⁶ Seega võib tulevikus lepingulistest suhetes kaitsta just nõrgemat poolt ning oluline pole mitte lepingupoolte tunnuste paigutamine konkreetse mõiste alla (tarbija, füüsiline isik), vaid lepingulise vahekorra analüüs ning sellest tulenevalt ka nõrgema poole kaitse. Seisukohta toetab ka Sjef van Erp, kes leiab, et tulevikus on vaja teha vahet juriidilise isiku puhul ka suurettevõtete käendusel ning väike- ja keskmise suurusega ettevõtete käendusel. Kaitset vajavad ka väike- ja keskmise suurusega ettevõtted, kuna lepinguliste suhete vahekord on sellisel juhul kallutatud, kuna võlausaldajateks on enamasti pangad ning muud suured finantsinstitutsioonid.²³⁷

Seega võiks teoreetiliselt käsitleda sõltuvussuhte ärakasutamist ka emaettevõtte ning tütarettevõtte vahelise laenu käendamisel ning Eesti kohtupraktikas on esimesed märgid taolise suhte esiletoomisest samuti olemas. Riigikohtu otsuses tsiviilasjas nr 3-2-1-64-12 on hageja väitnud, et pank asus hagejat survestama, et viimane annaks kostjale täiendava tagatise käenduse näol. Nõudmiste täitmata jätmine oleks kaasa toonud nii ettevõtte kui ka emaettevõtte sattumise raskustesse, mistõttu kostja nõustus käenduslepingu sõlmimisega juhaks, kui ühishüpoteegiga koormatud kinnisasjade müügist ei jätku kostja nõude rahuldamiseks.²³⁸ Seega võib siinkohal märgata, et käendusleping sõlmiti majanduslikust sõltuvusest. Antud asjas jäid aga väited panga jõupositsiooni ja hageja sõltuvuse kohta tuvastamata, kuna hageja ei toonud asjaolusid kohtumenetluse vältel esile ning ei nähtunud, millised olid hageja huvisfääris olevate äriühingute ja kostja õigussuhted, millele tuginedes survet avaldati, milles surve seisnes ja kes pangatöötajatest seda avaldas, millal survet avaldati. Seega ei olnud alust pidada käenduslepingut või selle täitmist vastuolus olevaks hea usu põhimõttega,²³⁹ samuti ei viidanud hageja ka sõltuvussuhte ärakasutamisele. Riigikohus märkis täiendavalt, et hageja käendas sisuliselt enda kontrolli all oleva äriühingu majandustegevusest tulenevaid võlgasid. Võimalik hageja survestamine käenduslepingu

²³⁵ Loe lähemalt: V. Roppo. (viide 29), lk 304- 349.

²³⁶ Euroopa Kohtu otsus C-269/95, *Francesco Benincasa v Dentalkit Srl*, p 36.

²³⁷ S. V Erp. (viide 48), lk 330.

²³⁸ Riigikohtu tsiviilkolleegiumi 29.05.2012 otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-64-12, p 1.

²³⁹ Riigikohtu tsiviilkolleegiumi 29.05.2015 otsus (viide 238), p 6.

sõlmimisel ei anna tuvastatud asjaoludel alust teistsuguseks arvamuseks.²⁴⁰ Seega taandub juriidiliste isikute puhul analüüs siiski ärilise riski põhimõttele, mille kohaselt ongi äritegevuses majanduslikud riskid ning nendega seonduvad negatiivsed tagajärjed paratamatud ning iga ärilise ebaõnnestumise eest pole kohtul võimalik käendajaid kaitsta.

Lisaks sellele on TsÜSi ja VÕSi eelnõus märgitud, et juriidilise isiku puhul ei saa rääkida tehingu tegemisest äärmiselt ebasoodsatel tingimustel, kuna äärmiselt ebasoodsad tingimused on seotud isiku eksisteerimisega. Äärmiselt ebasoodsaks saab lugeda tingimusi, millega mõistlikult käituv isik nõustub üksnes juhul, kui ilma selle tehinguta satuks ohtu tema edasine eksisteerimine ja juriidilise isiku puhul ei saa sellist tehingut ette kujutada, kuna alati on võimalik läbi viia tema likvideerimine.²⁴¹ Samas pole seadusandja poolt pakutud lahendus likvideerimise või eelpool välja toodud juriidilise isiku juhtorgani liikmete väljavahetamise näol põhjendatud olukorras, kus käendusleping on juba sõlmitud ning kuigi seadusandja on leidnud, et on alust arvata, et TsÜS § 86 kohaldamise praktika ei laiene juriidilistele isikutele, ei ole seda täielikult välistatud,²⁴² mistõttu võib ühiskonna väärtushinnangute muutumisel võimalikuks muutuda ka ettevõtete vaheliste laenude puhul sõltuvussuhte ärakasutamise tulemusel lepingu tühistamiseks tunnistamine. Siiski tuleb praegusel hetkel väita, et see on ka tulevikus pigem erandiks.

3.3 Mitteseotud isikute poolt juriidiliste isikute kohustuste käendamine

Juriidilise isikuga mitteseotud isikuteks on enamasti juriidilise isiku juhtorganite liikmete lähedased ja pereliikmed. Praktikast on arvatavasti kõige enam kasutatav abikaasa käendus teise abikaasa ettevõtte laenukohustuse tagamiseks. Kuna tagatav kohustus on sellisel juhul seotud ettevõtlusega ning lisaks käenduslepingu olemusest tulenevale majanduslikule riskile lisandub veel ka äriiline risk ettevõtte jätkusuutlikkusest ning konkurentsivõimelisusest. Seetõttu on äriühingu laenude käendamisel abikaasad kindlasti positsioonis, mille puhul tuleb hoolikalt kaaluda lepingusse astumise vabadust ning võimalust, et käendust kasutati vaid formaalsusest või astuti lepingusse sõltuvussuhet ära kasutades.

Saksamaa konstitutsioonikohus on leidnud, et lepinguvabadus eksisteerib vaid olukorras, kus mõlemad osapooled on lepingulistest läbirääkimistes võrdsed, seega käituvad enesekindlalt ja

²⁴⁰ Riigikohtu tsiviilkolleegiumi 29.05.2015 otsus (viide 238), p 40.

²⁴¹ Tsiviilseadustiku üldosa seaduse ja võlaõigusseaduse muutmise seaduse eelnõu seletuskiri (viide 2).

²⁴² Tsiviilseadustiku üldosa seaduse ja võlaõigusseaduse muutmise seaduse eelnõu seletuskiri (viide 2).

teadlikult.²⁴³ Seega on lepinguvabadus limiteeritud või puudub, olukorras, kus ühel lepingupoolel on ebasoodne positsioon.²⁴⁴ Ettevõtte laenude käendamisel ei pruugi abikaasa teist pühendada ettevõtte ärilise seisukorra kirjeldamiseks ning laenu saamine kas ettevõtte tegevuse alustamiseks või edasise tegevuse toetamiseks võib olla seotud formaalse käendusega abikaasalt, mille puhul laenuvõtmise põhjust pole käendajale teada antudki. D. Freivald on leidnud, et ei võlausaldaja ega põhivõlgnik ei tohi kahjustada käendaja otsustusvabadust- näidata, et käenduslepingu sõlmimine on paljas formaalsus.²⁴⁵ Käenduse mõju oleneb sellest, kui tihedalt on käendaja ise ettevõttega seotud. Abikaasadevahelist käendust ning sealset sõltuvussuhet saab käsitleda nii kitsalt kui ka laiemalt. Kitsas tähenduses on tehing käendajale kahjulik, kuna võetakse suur majanduslik kohustus ning iseenda kasu selles on minimaalne. Laiemalt võib aga abikaasade laenude käendamisel juba suhte seaduslikust olemusest tulenevalt öelda, et tegemist on abielusuhte ühise varaga ning ühe abikaasa äriühingu laenu käendamine toob endaga kaasa ka teise abikaasa huvi ettevõtluse arendamiseks. Käendus võib aidata uue ettevõtte loomisel, laiendada majanduslikult kasulikku ettevõtet või aidata raskustes olev ettevõtet taas jalule,²⁴⁶ mistõttu võib abikaasa antud käendus tegelikkuses tuua perekonnale majanduslikult kindlustatuma elukorralduse.

Problemaatiliseks osutub olukord siis, kui käenduse tagajärjel muutub ühe abikaasa majanduslik seisund negatiivses suunas. M. Kenny arvates riskib käendaja enim juhul, kui tegemist on äriühingu laenu käendamisega tingimustel, mille puhul käenduse ulatus pole kooskõlas käendaja sissetuleku ning jõukusega. Samuti võib juhtuda, et käenduskohustus tekib alles siis, kui abielu on juba purunenud,²⁴⁷ mistõttu igasugune majanduslik huvi puudub. Üldised võimalused vastutusest vabanemiseks on kirjeldatud punktis 2.1.1. ning nii lubamatu mõjutamise doktriin kui ka Saksamaa Liidukohtu praktika pereliikmete antud käenduse osas kohaldub ka juhul, kui põhivõlgnikuks on ettevõtte, mis kuulub täielikult või mille enamusosalus on inimesel, kellega käendajal on tugev emotsionaalne side.²⁴⁸

Tulevane käendaja on vaba tegema otsust, vaatamata sellele, kui ebaotstarbeka ning emotsionaalselt kallutatud otsusega on tegu. Samas peab isik olema kindel, millisesse tehingusse ta astub.²⁴⁹ Seega kerkib küsimus käendaja informeeritusest ning sellest tulenevalt

²⁴³ BverfG 7.02.1990. NJW 1990, 1469. Viidatud: P. Rott (viide 46), lk 257.

²⁴⁴ P. Rott (viide 46), lk 258.

²⁴⁵ D. Freivald (viide 16), lk 548.

²⁴⁶ E. McKendrick. (viide 104), lk 684.

²⁴⁷ M. Kenny. (viide 23), lk 196.

²⁴⁸ BGH 18.01.1996. NJW 1996, 1274. (viide 138).

²⁴⁹ L. Fox O'Mahony (viide 110), lk 175.

vaba tahte väljendamise võimalikkusest, mistõttu tuleks küsida, kas abikaasa, kes käendab teise abikaasa äriühingu laenudega seotud kohustust, võib vastutusest vabaneda, kuna põhivõlgnik pole teda piisavalt informeerinud?²⁵⁰ Vastutusest vabanemise võib tingida asjaolu, et abikaasa ei soovinudki laenu käendada, puudus ülevaade kohustusest ning see pole seotud tegelikku tahtega, kuna oli abikaasa poolt mõjutatud. Samuti võib käendaja tugineda sellele, et majandus- ning õiguslaste teadmiste vähesuse tõttu ei olnud ta riskidest teadlik ning väita, et puudus igasugune huvi abikaasa tegevuse vastu ning käendajaks nõustuti vaid perekonnasisese usalduse ja lojaalsuse tõttu.²⁵¹ Võib eeldada, et nii põhivõlgniku kui ja võlausaldaja huvi on, et kohustuse täitmine jääks perekonnaliikmete kohustuseks, kuna sellisel juhul on loodetavasti tagatud parem ettevõtte majandamine ning teisalt on abikaasa käendajana kasutamine kõige kiirem võimalus, kuna üldiselt ei kätke endas täiendavaid pikki läbirääkimisi. Samas tuleb L. Kähleri arvates tõsiselt kaaluda, kas ettevõtete laenude käendamise lugemine heade kommetega vastuolus olevaks, kui see on sõlmitud lähedase perekonnaliikme poolt, ei vähenda tulevikus sarnaste ettevõtete krediitvõimekust ning võimet jõuda krediidile lähemale.²⁵² Kindlasti tuleks väikeste perefirmade loomist toetada, kuid samas peab säilima isikute kaitse, kes sellesse suhtesse vabalt ei astu. Selleks, et käendaja saaks lepingu sõlmimisel tugineda sellele, et tema tahe lepingu sõlmimisel polnud vabalt kujunenud ning laenulepingusse astuti vaid tugeva sõltuvussuhte tõttu, on käendajal vaja teada, milleks põhivõlgnik laenu kasutas. Samasugusel seisukohal on ka Harju Maakohus, kes leidis, et kui käendaja ei tea, milleks põhivõlgnik laenu vajas ja kuidas seda kasutas, ei saa ta tõendada ka seda, et põhivõlgnik sõlmis laenulepingu erakorralise vajaduse või sõltuvussuhte tõttu.²⁵³

²⁵⁰ M. M. Siems. (viide 120), lk 509.

²⁵¹ M. M. Siems. (viide 120), lk 511.

²⁵² L. Kähler. (viide 24), lk 338.

²⁵³ Harju Maakohtu 18.10.2011 otsus tsiviilasjas nr 2-10-3891.

4. Sõltuvussuhtes sõlmitud globaalne tagatiskokkulepe

4.1 Globaalse tagatiskokkuleppe mõiste ja kasutamine

Asjaõigusseaduse § 346 lg 2 võimaldab hüpoteegiga tagatud nõude puhul määratleda, millised nõuded hüpoteegiga tagatud on. Antud kokkulepe peab olema notariaalselt tõestatud. Vastavalt Riigikohtu definitsioonile on globaalne tagatiskokkulepe üldine ja laialdane kokkuleppe, millega nõustutakse tagama kõiki, sh tulevikus tekkivaid nõuded võlgniku vastu. Globaalse tagatiskokkuleppe mõiste tuleneb Saksa õigusest- *Globalbürgschaft* ning sarnast definitsiooni kasutatakse ka Austrias. Samuti on Euroopa mudelseadustes sätestatud globaalse tagatiskokkuleppe mõiste. DCFRi artikkel 1:101 (f) kohaselt on globaalne tagatis aktsessoorne isiklik tagatis, mille puhul võetakse vastutus, et tagada võlausaldaja ees kõiki põhivõlgniku kohustusi, jooksva konto võlabilanssi või sarnase ulatusega tagatist. Globaaltagatis ei mahu klassikalise staatilise garantii raamidesse, kuna kohustused, mida globaaltagatis katab, on määratlemata ning lahtised. Kokkuleppe sõlmimisel ei tea isikud veel, milliseid kohustusi tagatakse.²⁵⁴ Sellest tulenevalt on ka globaalse tagatiskokkuleppe sõlmimisel isikud samavõrd seotud isikuga, kelle kohustusi tagatakse, olenemata, kas tegemist on pereliikmega, ettevõtte juhtorgani liikmega või mõne juriidilise isikuga ning emotsionaalse või majandusliku sideme tõttu võib ka sellise lepingu puhul olla küsitav, kas tahe lepingut sõlmida oli vabalt kujunenud või on tegemist sõltuvussuhtes sõlmitud lepinguga. Kuna tegemist on suure tulevase kohustusega, mille puhul riskid on veel kõrgemad kui tavalise käenduslepingu sõlmimisel, siis on vaba lepingulise tahte väljendamise kaitse eriti oluline. Isiku tahtevabaduse piiramisel astutakse tehingusse, mille puhul majandusliku riski realiseerumine võib põhjustada laostumise ja pankroti (nii füüsilise kui ka juriidilise isiku puhul). Kuna globaaltagatise puhul seotakse end põhivõlgnikuga veel tugevamalt, võib arvata, et sõltuvussuhte ärakasutamine on siin veel ilmsem, kuna võetav kohustus on nii mahukas, et tagamise põhjenduseks võibki olla tugev emotsionaalne ja majanduslik seotus.

Eesti õigus lubab käenduse puhul tagada ka tulevikus tekkivaid kohustusi. Vastavalt VÕS § 142 lg 2 võib käendusega tagada ka tingimuslikku kohustust ning tulevase kohustuse käendamine on võimalik juhul, kui kohustus on piisavalt määratletav. Käenduse puhul, mis antakse alles tulevikus tekkiva nõude tagamiseks, tekib käendaja käenduslepingust tulenev kohustus alles koos nõude tekkimisega. Käendatava nõude määratletavus on käenduslepingu puhul oluliseks lepingutingimuseks, millest sõltub lepingu kehtivus. Käendatav kohustus peab

²⁵⁴ A. Carrasco. (viide 76), lk 396-397.

olema piisavalt individualiseeritav selle võlgniku, võlausaldaja ja sisu osas. Siiski on võimalik käendada ka pooltevahelist suhet, mitte konkreetset nõuet,²⁵⁵ mis ongi globaalse tagatiskokkuleppe puhul aluseks.

Üheks võimalikuks variandiks globaalse tagatiskokkuleppe määratlemisel on maksimumsumma määratlemine. Põhimõtteliselt pole oluline, kas maksimumsumma on fikseeritud või mitte. Siiski ei käsitleta näiteks DCFRi kontekstis isiklikku tagatist, mille puhul on fikseeritud ülemine piir globaalse tagatisena, kuna sellisel juhul on tegemist palju väiksema riskiga tagatisega, kui globaalse tagatise iseloom seda tunnistab. Kui maksimumsummat pole fikseeritud ning tagatise andja on tarbija, on tegemist tagatisega, mille puhul tuleb määratleda kindel summa, vaatamata sellele, et tegelikkuses sooviti sõlmida globaalne tagatiskokkulepe.²⁵⁶ Globaalse tagatiskokkuleppe peamiseks iseloomustavaks jooneks on see, et tagatise andmiseks ei ole sõlmitud mingit ajalimiiti. Vastavalt DCFRi artiklile 2:102 (4) on globaalse tagatise andja seotud iga põhivõlgniku ja võlausaldaja vahelise kokkuleppega täita kohustus enneaegselt, muuta see koormavamaks või suurendada. Samas leitakse, et globaalne tagatis ei kata kohustusi, mis ei tulene põhivõlgniku ja võlausaldaja vahelisest lepingust, kuigi võimalik on globaalne tagatis kokku leppida ka nõuete ja kohustuste üleandmise puhuks.²⁵⁷

Ka globaaltagatise puhul on informatsiooni andmise kohustus väga oluline ning põhivõlgniku ülesandeks on teavitada globaaltagatise andjat juhul, kui ilmneb 20% tõus kohustuste mahus, mis esialgu kokku lepidi ning informeerimiskohustus jätkub iga uue märkimisväärse suurenemise puhul. Juhul kui tagatis antakse ettevõtluses oleva laenu tagamiseks ja tagajaks on ettevõttesse kuuluv inimene, siis eeldatakse, et vajalik informatsioon on kättesaadav.²⁵⁸ Mida keerulisem on sõlmitav tehing, seda raskem on isikul teha läbimõeldud otsus.²⁵⁹ Kindla ja reglementeeritud miinimuminformatsiooni andmine enne taolise lepingu sõlmimist on minimaalne kaitse, mida isik peab saama. Samuti on S. van Erpi arvates vajalik informatsiooni jagamine lepingu kestvuse ajal, mistõttu ei tohiks käendajale tulla üllatuseks, kui võlausaldaja nõuab põhivõlgniku kohustuse täitmist.²⁶⁰

Seega on tegemist institutsiooniga, mille puhul majanduslik sõltumatus on tugevalt piiratud, kuna tagatava kohustuse suurus on siiski ebamäärane. Pankade tüüptingimused võimaldavad

²⁵⁵ I. Kull (viide 12), lk 362.

²⁵⁶ A. Carrasco. (viide 76), lk 397.

²⁵⁷ A. Carrasco. (viide 76), lk 398.

²⁵⁸ A. Carrasco. (viide 76), lk 398.

²⁵⁹ A. Colombi Ciacchi. (viide 60), lk 32.

²⁶⁰ S. V Erp. (viide 48), lk 331.

käendajal katta kõiki põhivõlgniku suhteid pangaga. Sellised klauslid on problemaatilised, kuna tulevaste kohustuste tagamisel ei ole riski suurus ennustatav.²⁶¹ Kindlasti tuleks asuda seisukohale, et vastutuse ulatus peaks olema ettenähtav, et vältida tarbijate ülekoormamist.²⁶² Siiski jääb vaatamata seaduslikule reguleerimisele alati võimalus, et lepingulise suhte nõrgema poole huve pole piisavalt tagatud ning leping sõlmitakse soovist põhivõlgnikku aidata, leitakse, et tegemist on pigem formaalsusega, kardetakse lepingu sõlmimisest keeldudes rikkuda suhteid perekonnas või ilma jääda tööst.

4.2 Globaalne tagatiskokkuleppe tüüptingimused

Kuigi seaduses ei ole globaalse tagatiskokkuleppe sõlmimine keelatud, suundub kohtupraktika pigem selliste kokkulepete tingimusteta lubatavuse piiramise poole. Samas on globaalsete tagatiskokkulepete näol tegemist krediitiasutuste pikaajalise praktikaga laenulepingute sõlmimisel. Pankade huvi taolise tüüptingimuse lisamisel seisneb laenuvõtja soodustamises, et lihtsustada hilisemate krediitide võtmist.²⁶³ Seega ei pea laenuvõtja tulevikus eraldi otsima lisatagatist, kui soovib võtta täiendava laenu, kuna tagatiskokkuleppe tagab ka tulevase kohustusi. Kuna pankade poolt sõlmitavad lepingud on tüüplepingud (samuti ka notari juures hüpoteegi seadmine) ja tegemist pole individuaalselt läbi räägitud tingimusega, siis sõlmitakse lepinguid tüüptingimustel. Seega ei saa tugineda individuaalse tingimuse tühisusele, kuid sama tulemus saavutatakse ka konkreetse tüüptingimuse tühiseks tunnistamisega, mis ei muuda loomulikult kogu lepingut tühiseks.

Riigikohus on tagatiskokkuleppe osas juba 2008 aastal leidnud, et heade kommetega võib olla vastuolus ja tühine tagatiskokkuleppe osas, mis ei määratle tagatavaid tulevikus tekkivaid nõudeid piisavalt või millega tagatakse kõikvõimalikke hüpoteegipidaja nõudeid kinnisasja omaniku või kolmanda isiku vastu ja piiratakse sellega ebamõistlikult kinnisasja omaniku majandusvabadust või edasist toimetulekut.²⁶⁴ Selline "ületagamise" kokkuleppe võib olla keelatud nii VÕS § 42 lg 1 üldreegli järgi kui ka § 42 lg 3 p 22 järgi, mille kohaselt on ebamõistlikult kahjustav tüüptingimus, millega antakse tingimuse kasutajale õigus nõuda ebamõistlikult suurt tagatist. Riigikohus on rõhutanud, et ebamõistlikku kahjustamist tuleks globaalse tagatiskokkuleppe puhul vähemalt tarbijalepingute puhul VÕS § 42 lg 1 teise lause

²⁶¹ W. Faber. (viide 200), lk 63-64.

²⁶² S. V Erp. (viide 48), lk 330.

²⁶³ Riigikohtu tsiviilkolleegiumi 29.05.2015 otsus (viide 238), p 34.

²⁶⁴ Riigikohtu 5.10. 2008. a otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-104-08, p 19.

järgi eeldada ning vastupidist peab tõendama tagatise saaja,²⁶⁵ kandes seejuures lepingutingimuse võimaliku tühisuse riski kui oli esitanud läbirääkimata tingimuse teisele poolele sellistel asjaoludel, et viimasel ei olnud võimalik tingimuse üle läbi rääkida ja selle sisu mõjutada.²⁶⁶

Globaalne tagatiskokkulepe võib olla keelatud tüüptingimusena ning seda eelkõige tarbijaga sõlmitud lepingutes, mille puhul on vähemalt krediidilepingute tagatiskokkulepete näol konkreetset tagatavat lepingut ületavas osas tihti tegemist krediidiandja ette kirjutatud tingimusega. Krediidiandja peale surutud globaalne tagatiskokkulepe võib kitsendada teise poole edasist majanduslikku sõltumatust, muuta ebamääraseks tagatise ulatuse eriti koostoimes kohese sundtäitmise kokkuleppega ja muuta raskesti prognoositavaks, millal teine pool võib pöörduda täituri poole kinnisasja realiseerimiseks.²⁶⁷ Riigikohus on leidnud, et tüüptingimuste võimalikku kasutamist tuleb õiguse kohaldamisena kontrollida põhimõtteliselt iga tarbija ning majandus- ja kutsetegevuses osaleva isiku vahel sõlmitud lepingust tekkinud vaidluse lahendamisel²⁶⁸ ning kolleegiumi arvates ei ole vähemalt tarbijate puhul üldjuhul erikokkuleppeta lubatav hõlmata tagatiskokkuleppesse tulevikus sõlmitavatest käenduslepingutest tulenevaid kohustusi, millega laiendatakse kinnisasja omaniku vastutust kolmanda isiku kohustuste täitmise eest ulatuses, mida kinnisasja omanik ei kontrolli.²⁶⁹ Tühiseks tüüptingimuseks on kohus pidanud tarbija puhul ka kohustust tagada krediidilepingu lisadest ning tulevikus sõlmitavatest krediidilepingutest ja nende lisadest tulenevaid nõudeid.²⁷⁰ Samas on tarbijate puhul tulevaste nõuete tagamise kokkulepped võimalikud tingimustel, kui tagatakse edaspidi võetavaid sarnaseid laene. Tulevasi nõudeid tagades võib tagatiskokkuleppe sõlmida ka üldiselt, välistades samas tagatiskokkuleppest keelatud nõuded, nt käendusest, kontopidamisest ja arvelduskrediidist tulenevad nõuded.²⁷¹ Oluline on rõhutada, et tagatiskokkulepe ei kehti üksnes ulatuses, mille puhul pole kohustused määratletud. Vastavalt VÕS § 41 jääb leping endiselt kehtima muus osas välja arvatud juhul, kui tingimuse kasutaja ei tõenda, et ta poleks lepingut ilma tühise või lepingu osaks mitteloetud tüüptingimusega sõlminud.

Tulevaste nõuete tagamine on ka tüüptingimusena siiski lubatav, kui tulevased nõuded on piisavalt määratletud ja tagatise andjale ettenähtavad ning neil on mõistlik seos tehinguga,

²⁶⁵ Riigikohtu tsiviilkolleegiumi 29.05.2015 otsus (viide 238), p 28.

²⁶⁶ Riigikohtu tsiviilkolleegiumi 30.04.2007. a otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-150-06, p 17

²⁶⁷ Riigikohtu tsiviilkolleegiumi 29.05.2015 otsus (viide 238), p 28

²⁶⁸ Riigikohtu tsiviilkolleegiumi 5.12.2005. a otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-140-05, p 12

²⁶⁹ Riigikohtu tsiviilkolleegiumi 29.05.2015 otsus (viide 238), p 29

²⁷⁰ Harju Maakohtu 7.09.2012. a otsus tsiviilasjas nr 2-11-54882.

²⁷¹ Riigikohtu tsiviilkolleegiumi 29.05.2015 otsus (viide 238), p 29.

millest tulenevate nõuete seadmiseks tagatis algsest anti.²⁷² Sellisel juhul saab globaalse tagatiskokkuleppe lugeda majanduslikult otstarbekaks tehinguks. Seetõttu pole kohtud lugenud majandus- ja kutsetegevuses tegutseva isiku puhul kokkulepet heade kommetega vastuolus olevaks, kuna sellistel tingimustel sõlmivad isikud tagatiskokkuleppe huvist endaga seotud äriühingu majandustegevuse vastu, kuna äriühingu tegevuse arendamisel nõustutakse eesmärgi täitmiseks andma äriühingu kasutusse raha tingimusel, et kohustuste täitmine on piisavalt tagatud. Kokkuleppe eesmärk ei ole heade kommetega vastuolus, sest nüüdisaja majandus- ja äritegevuse praktikas ei ole ebaharilik, et äriühinguga seotud isikud, nt juhatuse liikmed annavad äriühingute kohustuste täitmise tagamiseks isiklikke või esemelisi tagatise.²⁷³ Seetõttu ongi globaalsed tagatiskokkulepped ettevõtjate puhul lubatud, kuna neid kasutatakse krediidiinide tagamiseks.

Lisaks tüüptingimuste kontrollile võib globaalne tagatiskokkulepe puhul sellele üllatuslik või ebadev tuginemine tulevaste määratlemata kohustuste osas olla vastuolus hea usu põhimõttega ja keelatud tulenevalt VÕS §-st 6 ja TsÜS §-st 138.²⁷⁴ Kui vaadata, kuidas antud olukorda on lahendanud teised õigussüsteemid, siis Austria õiguses on potentsiaalsed võimalikud lahendused sarnased Eesti õiguses sätestatule. Austria õiguses on põhiliseks võimaluseks ABGB § 864 a kohaselt tugineda üldisele reeglile, mille kohaselt pole poolel õigus lisada lepingusse üllatuslikke tingimusi (sarnane BGB § 305 c (1)) või lepingu tühisusele ABGB § 879 kohaselt. Kolmas võimalus on tarbijakaitse seaduse § 6 (3) kohaselt mõistetamatute tüüptingimuste keeld tarbijalepingutes.

Kui eelnevalt on autor leidnud, et tarbija mõiste kitsas määratlemine ei pruugi olla kooskõlas ühiskonnas olevate väärtushinnangute ning arusaamadega lepinguliste suhete disproportsionaalsusest ning nõrgema poole kaitsest, siis tundub, et globaalse tagatiskokkuleppe puhul on Riigikohus asunud kaitsma eelkõige tarbijat VÕS § 34 mõttes, mille kohaselt on tarbija füüsiline isik, kes teeb tehingu, mis ei seonu iseseisva majandus- või kutsetegevuse läbiviimisega. Kui käenduslepingu mõistes on tarbijaks iga füüsiline isik, kes lepingu sõlmib, siis tagatiskokkuleppe puhul ja tüüptingimuste kaitse mõttes on praegu mindud seda teed, et juhatuse liikme ning juriidilise isiku juhtorganisse kuuluvat isikut tarbijaks ei loeta, kui ta teeb tehingu oma ettevõtluse edasiarendamiseks või uue ettevõtluse alustamiseks. Seega pole arvestatud sellega, et nõrgema lepingupoole kaitsevajadus võib tõusetuda ka tarbija laiendatud mõistest, mille puhul võiks tarbija kui füüsilise isiku ning

²⁷² Riigikohtu tsiviilkolleegiumi 29.05.2015 otsus (viide 238), p 29.

²⁷³ Riigikohtu tsiviilkolleegiumi 29.05.2015 otsus (viide 238), p 3.

²⁷⁴ Riigikohtu tsiviilkolleegiumi 29.05.2015 otsus (viide 238), p 31.

juriidilise isiku puhul toimuda nõrgema lepingupoole kaitse sünteesimine, mille kaudu kitsad tarbijakaitse normid muutuksid nõrgema lepingupoole kaitsenormideks. Seega võiks ka globaalse tagatiskokkuleppe puhul olla kohaldatav asümmeetriliste lepingute teooria, mille puhul kaitstakse nõrgemat poolt lepingus, kelleks tagatise andja kindlasti on. Kui lisada siia juurde veel ka potentsiaalne sõltuvus põhivõlgnikust ning lepingu sõlmimine emotsionaalsetel või majanduslikel kaalutlustel, võib pelgalt kitsendatud tüüptingimuste kontroll olla formaalne ning ei pruugi kaitsta isikut, kellel puhul kasutatakse ära tema sõltuvust põhivõlgnikust.

Siiski on praeguseks hetkeks lisaks Riigikohtule asunud ka Tarbijakaitseamet julgemaid samme pankade tüüptingimuste muutmisel, kutsudes kokku Eesti suurimate pankade esindajad. Hetkel on pangad lubanud taolise tüüptingimuse tarbijate puhul lepingust eemaldada. Siiski jääb teoreetiline võimalus alles juhul, kui isik seda ise soovib- seega on globaalne tagatiskokkulepe muutumas individuaalselt läbiräägitavaks tingimuseks. Küll aga on problemaatiline olukord juba sõlmitud lepingute puhul, kus globaaltagatis on lepingutingimustesse sisse kirjutatud. Pankade laenulepingute muutmine on võimalik tasu eest, seega on tarvis eraldi astuda läbirääkimistesse lepingu muudatusteks.²⁷⁵ See on aga võimalik vaid juhul, kui tagatise andja on piisavalt informeeritud sellisest võimalusest. Samuti ei muuda protseduuriline kaitse olematuks olukorda, kus kokkulepe sõlmitakse sooviga lähedast isikut, juriidilist isikut või tööandjat aidata ning tehakse seda emotsionaalsest või majanduslikust sõltuvusest. Seega peab ka individuaalselt läbiräägitava tingimuse puhul olema kontrollitud isiku tegelik tahe lepingu sõlmimisel.

²⁷⁵ Teemat on käsitletud ka meedias. Vt: K. Ibrus. Tarbijakaitse sundis pankasid röövellikke laenuitingimusi muutma. Eesti Päevaleht. 9.01.2013. Arvutivõrgus. Kättesaadav: <http://www.epl.ee/news/eesti/taismahus-tarbijakaitse-sundis-pankasid-roovellikke-laenuitingimusi-muutma.d?id=65505130>. 06.05.2013.

Kokkuvõte

Käesolevas töös analüüsis autor, kuidas mõjutab sõltuvussuhe käenduse andmist, isiku otsuseid lepingu sõlmimisel ja tulevast majanduslikku olukorda ning millised kriteeriumid peavad olema täidetud, et käendusleping tunnistada tühiseks TsÜS § 86 alusel. Kuna Eestis on seadusandja loonud vaid teoreetilise raamistiku sõltuvussuhtes sõlmitud käenduslepingu tühiseks tunnistamiseks, on kohtupraktika ülesandeks sellele raamistikule luua ka tugisüsteem, mis aitaks suhte olemust põhistada.

Käenduslepingu olemusest lähtuvalt on tegemist kolmiksuhtega, mille puhul on käendajal lepingulisest positsioonist lähtuvalt vähene võimalus põhilepingu sisu mõjutada. Lisaks sellele on võlausaldajateks enamasti krediitiasutused, kelle puhul on informatsiooni asümmeetriast ning jõupositsioonist lähtuvalt käendaja kaitse põhjendatud. Käenduslepinguga tagatakse enamasti lähedase isiku kohustust, mistõttu ei tulene käendaja huvi põhivõlgniku kohustuse täitmise osas mitte ainult käenduslepingu olemusest või tekkivast majanduslikust kohustusest, vaid sisaldab endas üldist soovi parandada põhivõlgniku majanduslikku olukorda ning käendus antakse tihti kaalumata tagajärgi- isik soovib põhivõlgnikku moraalselt ja majanduslikult toetada igal juhul, olenemata majanduslikust võimekusest. Seetõttu on suhete ärakasutamise piiramine ning lepingulise vaba tahte väljendamise kaitsmine oluline.

Üheks võimalikuks käendaja kaitse mehhanismiks on õigus saada teavet, kuna informeeritud käendaja puhul on läbimõeldud otsuse tegemise tõenäosus suurem. Siiski ei ole Eesti õiguses käendaja informeerimine piisavalt reguleeritud. Üldine lepingueelne informeerimiskohustus on sätestatud VÕS §-s 14 lg 2, mis aga ei anna täpselt määratlust, milline informatsioon võiks käendajale olla vajalik. Kuigi määratluse aluseks võiks olla VÕS §-s 6 sätestatud hea usu põhimõte, on tegemist liiga laia määratlusega, et kindlustada käendaja kaitse. Käenduslepingu puhul peaks informeerimiskohustuse standardiks olema indiviidi teadmiste taseme ja professionaalse võlausaldaja jõupositsiooni kaalumine lepingut sõlmides. Samuti peab autor vajalikuks iga-aastase teavitamiskohustuse sisseviimist, kuna hetkel on võlausaldajal VÕS §-i 146 lg 1 järgi kohustus üksnes siis, kui käendaja seda ise nõuab. See võimaldaks käendajal olla kursis põhivõlgniku kohustuste olukorraga ning võimaldaks täita käenduslepingu sõlmimise ideed- krediitiasutus loodab laenu hoolikamat majandamist, kuna kohustusega on seotud lähedalseisvad isikud. Siiski ei taga protseduuriline kaitse käendajat olukordades, kus isik vaatamata informeeritusele astub lepingusse, kuna kardab rikkuda suhteid lähedasega,

olles põhivõlgnikust emotsionaalselt ja majanduslikult sõltuv. Emotsionaalse läheduse tõttu sõlmivad isikud tehinguid ka siis, kui teavad, mida tehing endas sisaldab.

Selleks, et tunnistada käendusleping heade kommetega vastuolus olevaks, peab TsÜS § 86 alusel isik tegema tehingu sõltuvussuhtest, teine pool peab rasketest asjaoludest teadma ning kohustuste vahetuse olema ebaproportsionaalne ehk käendusleping peab olema sõlmitud sooritusvõimet ületades. Kui Inglismaa kohtupraktika kohaselt on sõltuvussuhtes sõlmitud tehingu puhul võtmeküsimuseks käendaja nõustamine, mille läbi võlausaldaja vabaneb vastutusest, siis protseduurilised reeglid ei kaitse käendajat, kes astub tehingusse armastuse, sõltuvuse või haavatavuse tõttu. Lisaks sellele on Eestis käenduslepinguga seonduv teavitamiskohustus nõrgalt reguleeritud, mistõttu ei ole autori arvates Inglismaa kohtupraktika Eesti jaoks parim lahendus.

Seevastu Saksamaa ja Austria praktika on leidnud, et sõltuvussuhtet lähedaste pereliikmete puhul eeldatakse. Seega ei vaja suhte olemus täiendavat analüüsi ning juhul, kui täidetud on ka muud elemendid heade kommetega vastuolus olevaks tunnistamiseks, on käendusleping tühine. Lähedased suhted perekonnas, mille puhul sõltuvussuhtet eeldatakse on abikaasade vahelised käendused ning olukorrad, kus lapsed ja vanemad käendavad üksteise laene. Siiski peab märkima, et alaealise puhul on käenduse sõlmimine pigem erandiks, kuigi teoreetiline võimalus on olemas. Kuigi abielu ning otsese põlvnemise puhul on sõltuvussuhe kindlasti põhjendatum, on ühiskonna areng jõudnud sinna, kus paljud paarid valivad kooseluks vabaabielu ning seda nii hetero- kui ka homoseksuaalsetes suhetes. Seega peaks sõltuvussuhtet eeldama ka taoliste lähedaste suhete puhul. Siiski ei laiene Saksamaa kohtupraktika koos kasvanud õdedele ja vendadele ning vanavanematele ning sellistel juhtudel tuleb sõltuvussuhte olemasolu eraldi tõendada.

Lisaks sõltuvussuhtele peab TsÜS § 86 kohaldamiseks olema täidetud ka eeldus sooritusvõime ületamise ning teise lepingupoole rasketest asjaoludest teadmise või teadma pidamise osas. Seetõttu on oluline välja selgitada käendaja tegelik võime kohustust täita ning juhul, kui tagatiseks antava väärtuse ja tegeliku sissetuleku ning vara vahe on ebaproportsionaalne, on tegemist sooritusvõimet ületava tehinguga. Selline leping sõlmitakse vaid juhul, kui isikul on tugev emotsionaalne või majanduslik side põhivõlgnikuga ning seda ka juhul, kui tegemist on äritegevuses tegutseva isikuga. Lisaks sellele leiab autor, et Austria tarbijakaitseseaduse eeskujul konkreetsete juhistega andmine võimaldaks ebaproportsionaalse käenduslepingu puhul käendussummat vähendada. Seega oleks võimalik säilitada võlausaldajale siiski võimalus kohustuse sissenõudmiseks, arvestades käendaja maksevõimet.

Kui lähtuda põhimõttest, et sõltuvussuhet perekonnaliikmete puhul eeldatakse, siis ei ole probleem selle suhte tõendamise osas. Siiski on Eesti õiguses vaja heade kommete vastasusele tuginemiseks täita ka eeldus teise lepingupoole rasketest asjaoludest teadmise või teadma pidamise osas. Siinkohal on praktikas probleemiks asjaolu, et võlausaldajad praktikas ei küsi põhivõlgniku ja käendaja vahelise suhte kohta ning võib väita, et majandus- ja kutsetegevuses tegutsev krediidiandja ei ole tihti piisavalt hoolas hindamaks teise poole võimalikku sõltuvussuhet.

Saksamaa kohtupraktika pereliikmete käenduse heade kommete vastaseks tunnistamise osas ei kohaldu ärilistele käenduslepingutele, kuid juhul, kui äriühingu aktsionärid, juhatuse liikmed, tegevjuhid jms sõlmivad äriühingu laenude tagamiseks isikliku käenduse, on käenduse heade kommete vastaseks tunnistamine võimalik. Lisaks sellele pädeb Saksamaa kohtupraktika ka töötajate puhul, kes käendavad tööandja laene, kuna majanduslik sõltuvus on sellisel juhul ilmne. Siiski on Eesti seadusandja juriidilise isikuga seotud isikute puhul käenduse heade kommetega vastuolus olevaks tunnistamise osas skeptiline, kuna leiab, et juriidiline isik on oma liikmete valikus vaba ning võib eemaldada need, kelle puhul on sõltuvussuhe. Selline lähenemine ei arvesta aga asjaolu, et kõik juriidilise isiku juhtorgani liikmed muutuvad liikmeks saades juriidilisest isikust sõltuvaks.

Lisaks füüsiliste isikute poolt antud käendusele, on käenduslepingute sõlmimine võimalik ka juriidiliste isikute vahel. Olukord, kus sõltuvussuhte ärakasutamine võib aset leida, on ema- ja tütarettevõtte laenude käendamine. Kuigi tundub, et Euroopa Liidu liikmesriikide praktika taoliste suhetes sõltuvuse elemente ei leia, on autori seisukoht modernsest asümmeetriliste lepingute teooriast lähtuvalt siiski sõltuvussuhte tunnistamine ka sellises suhtes. Kuigi siseriiklikud õiguskorrad sellist lähenemist ei poolda, on õiguse arengus võimalik suund ebavõrdsete lepingupoolte analüüsi ja sellest tulenevalt nõrgema lepingupoole kaitsevajaduse rõhutamisele, mistõttu vääriskid kaitset ka juriidilised isikud.

Juriidiliste isikute laenude käendamisel on kõige haavatavamas positsioonis abikaasad, kes otsustavad teise abikaasa ettevõtte laenukohustust tagada. Sellises suhtes tuleks samuti sõltuvussuhet eeldada, kuid märkima peab asjaolu, et tegemist on ärilistel eesmärkidel sõlmitud lepinguga, mille puhul on võimalus, et käendus aitab kaasa perekonna majanduslikule kindlustatusele ning ka abikaasal endal on huvi laenukohustuse tagamiseks. Siiski leiab Saksamaa kohtupraktika, et eelduslik sõltuvus kehtib ka siis, kui põhivõlgnikuks on ettevõtte, mis kuulub isikule, kellega käendajal on tugev emotsionaalne side.

Lisaks käenduslepingule võib kohustuste täitmise tagamisel sõltuvussuhte ärakasutamine ilmned ka globaalse tagatiskokkuleppe puhul. Globaalne tagatiskokkulepe on aktsessoorne isiklik tagatis, mille puhul võetakse vastutus tagada võlausaldaja ees kõiki põhivõlgniku kohustusi. Seega pole tegemist klassikalise staatilise garantiiga, kuna kohustused, mida kaetakse, on määratlemata ja lahtised. Riigikohus on leidnud, et vähemalt tarbijate puhul ei ole erikokkuleppeta lubatav hõlmata tagatiskokkuleppesse tulevikus sõlmitavatest käenduslepingutest tulenevaid kohustusi. Seega on globaalse tagatiskokkuleppe puhul asutud kaitsma kõigest tarbija kitsast määratlust VÕS § 34 mõttes. Samas on käenduslepingu puhul tarbijaks iga füüsiline isik ning praegusel juhul juriidilise isiku juhtorgani liikmeid tarbijaks ei loeta. Globaalse tagatiskokkuleppe puhul pole piirangute seadmisel arvestatud, et nõrgema lepingupoole kaitsevajadus võib tõusetuda ka tarbija laiendatud mõistest nagu seda käenduslepingu kontekstis käsitletakse. Seega võiks ka globaalse tagatiskokkuleppe puhul olla kohaldatav asümmeetriliste lepingute teooria, mille puhul kaitstakse nõrgemat poolt lepingus. Lisaks protseduurilisele kaitsele tüüptingimuste kontrolli osas, on kokkuleppe sõlmimisel vaja kindlasti silmas pidada ka tagatise andja tegelikku tahet lepingut sõlmida. Kuna tarbijate puhul on tegemist individuaalselt läbiräägitava tingimusega, siis peaks sarnaselt tavalisele käenduslepingule kohaldatav sõltuvussuhtes sõlmitud käenduslepingu eeldused heade kommetega vastuolus tunnistamiseks, kui isik sõlmib kokkuleppe emotsionaalsest või majanduslikust sõltuvusest.

Töös käsitletud probleemidest lähtuvalt on autor seisukohal, et käendaja on lepingut sõlmides nõrgemas positsioonis ning väärrib seetõttu erilist kaitset. Eesti õiguses on käendaja kaitse küll reguleeritud ning kõikide füüsilisest isikust käendajate paigutamine tarbijakäenduse alla aitab protseduurilisi reegleid järgides käendaja positsiooni lepingus tugevdada. Siiski on suured puudujäägid käendaja teavitamiskohustuses, mille tõhustamine võimaldaks autori arvates käendajal oma kohustuste ulatust paremini mõista ja seeläbi muudaks efektiivsemaks kaitse ebaõiglase lepingu eest. Lisaks sellele tuleks kohtutel hoolikamalt analüüsida võimalust, et käendusleping on sõlmitud sõltuvussuhtes, kasutades Euroopa Liidu liikmesriikide väljakujunenud praktikat.

Relationship of Dependency in Personal Security Contracts

Summary

In 2009 the adoption of amendments in § 86 of the General Part of the Civil Code Act were expected to decrease the problems of instant loans and over indebtedness incurring in society. Obligations emerging from the loan contract can affect the principal debtor and the surety who is obliged to vouch the fulfilment of the obligation when principal debtor is insolvent. Signing the contract the surety will take responsibility for the third party's obligation with all the assets and often there is no personal economic interest. The aim of the surety is to secure a close person's debt so it is vulnerably important to ensure that the surety is acting freely and being rationale and conscious about the risks involved. The protection of the surety cannot be limited with procedural protection and that is why freedom in entering to the contract should be critically analysed as well.

Since the establishment of surety does not require a specific asset ownership, it is an opportunity to those who have no immovable property or other collateral to guarantee their obligations. What is more, according to the Credit Suisse's and Oxford University research, Estonians are among the poorest in the Eurozone having relatively low property value. Thus, there is a reason to believe that surety is among certain loans continuously popular way of accessing the credit for people with lower income and especially concerning consumer loans and study loans.

According to Estonian case law analysis the application of § 86 of GPCLA is inefficient and the reason lies behind the surety's failure to prove the relationship of dependency. As the protective measures to ensure there was no abuse of the personal relationship is left for the discretion of the court, the processes in practice are time-consuming and according to the present case law the surety providers fail to prove the dependency which means the courts are not taking the claims into deep and thorough analyses. It seems that at the time there is predominantly liberal approach in Estonia towards the treatment of the society where individuals must protect their rights themselves. The whole discussion about the suretyship being contrary to good morals boils down to the principles of private autonomy and the fundamental principles of freedom of contract where the self-determination of the weaker party is heavily restricted. Therefore, it seems the values of economic freedom prevail the risks the surety takes. One could argue it is connected with the overall development in society

where the liberal policy in business matters is more important than protection of the individual. What is more, the amount of potential cases that are considered void under § 86 of GPCCA in Estonia could be that small that there is no economic justification to reduce the creditworthiness of the parties and make credit institutions cautious in having close people as sureties.

The aim of the thesis is to answer the question how the relationship of dependency affects the contract of suretyship, the personal decisions in signing the agreement and future economic situation. The author expresses the criteria under which the contract of suretyship could be declared void under § 86 of the GPCCA. As mentioned before, there are no examples of declaring the contract of surety void in Estonian court practice and in the course of the analysis the author has intention to find the parallels in foreign court practice compared to cases which arise in Estonian legal system. Result of the analysis should provide more specific guidelines to justify the relationship between the surety and the main debtor and help to identify the nature of the relationship of dependency according to which the sureties can base their claims and courts their analysis on the outcome.

The author uses analytical-comparative method comparing the possibilities of declaring immoral suretyship contract void in Estonia and in other member states of the European Union (in particular France, Austria, England, Germany, Belgium and Spain). In addition, PECL and DCFR are used. The court practice of all three instances is analysed in order to show why the decisions tend not to find the contract of suretyship void. As the court practice and legal writings of other European Union countries (especially England and Germany) tend to be broadly developed, there is a more detailed analysis of the legal situation concerning immoral suretyship contracts as there could be made some summaries which Estonian courts could base their decisions or at least consider the circumstances. Estonian Supreme Court gives such an opportunity and allows taking into account the laws and court practices of other member states in cases where there is no court practice in Estonia to help to settle the case in similar situations. The most comprehensive analysis of the present situation in Europe tends to be the report edited by A. Colombi Ciacchi and S. Weatherill „Regulating Unfair Banking Practices in Europe: The Case of Personal Suretyships“ which lists the practices of unfair suretyship contracts in the member states of the European Union.

The nature of the contract of suretyship is a triple ratio where the guarantor is in the contractual position based on lack of opportunity to influence the content of the basic contract. In addition, the creditors are usually by financial institutions who are in the position

of information asymmetry and the protection of the surety is justified by that. As surety usually secures close personal obligation, the interest in the principal debtor's obligation is not arising from the economic perspective, but includes a general desire to improve the fundamental debtor's financial situation. Therefore, the surety is often given not considering the consequences and lead by the desire to support the main debtor morally and financially regardless of personal economic ability.

One possible mechanism for the protection of the surety is entitled to the information because it is more likely that informed surety makes a rationale decision. However, the regulation of informational duties concerning surety is not sufficiently regulated in Estonian legal system. General contractual obligation to provide information is provided in the Law of Obligations Act (LOA) § 14 section 2, which, however, does not give precise definition what information is crucial for the surety. Although the definition of crucial information could be based on the principle of good faith (§ 6 of LOA), it is a too broad definition in order to ensure the protection of the surety. Well informed sureties make justified decisions and therefore sureties are to be informed during the contractual relationship as well. What is more, the author proposes that creditor's information obligation according to LOA § 146 subsection 1 might transform to the annual information obligation because surety has the right of information by all means not only when he asks that. The consequences of this obligation enable surety to be more aware of the situation of the principal debtor and could fulfill the main idea of suretyship contact- careful management of the loan by close people. However, the procedure does not guarantee the risks of the surety in situations where a person despite of the informed conclusion of contract enters to an agreement being afraid to spoil relations with the loved one, being emotionally and financially dependent on the principal debtor. Close emotional relationships affect the decisions of the surety even if they know the risks the transaction contains.

According to § 86 of GPCCA the transaction is contrary to good morals, inter alia, if a party knows or must know at the time of entry into the transaction that the other party enters into the transaction arising relationship of dependency and if the transaction has been entered into under conditions which are extremely unfavourable for the other party. In England the key issue in concluding the suretyship contract is based on informational duties- if the credit institution finds there is the possibility of undue influence an independent advice should be used. Nevertheless, as the situation with informational duties is insufficient in Estonian law, the author is not agreeing it could be the best solution as it requires deep analysis of

informational duties and the information required to reduce the risk of the abuse of the freedom of contract and emotional closeness. What is more, the consulting does not protect the surety who enters the transaction with the feelings of love, dependence or vulnerability.

By contrast, in Germany and Austria- case law and legal acts seem to support the idea that the dependence of close family relationship is assumed. That means there is no further analysis needed to define the nature of dependency in close family relations and if there are other elements of declaring the contract contrary to good morals, the contract is considered void. The relationship of dependency is assumed between spouses, children and parents securing each others debts. However, minors securing debts are an exception although there is theoretical possibility. Although in marriage and the parent-child relationship there is a justified direct dependency, the development of the society has reached the point where many couples opt for living together unmarried. In those cases the dependency should be assumed as well considering both, hetero- and homosexual relationships. However, the relationship of dependency is not assumed among brothers and sisters living together and grandparents, although there might be the existence of such influence. In those cases the close relationship must be proven.

What is more, the transaction is contrary to good morals, inter alia, if a party knows or must know at the time of entry into the transaction that the other party enters into the transaction arising relationship of dependency and if the transaction has been entered into under conditions which are extremely unfavourable for the other party. Therefore, it is important to find out the real ability to comply with the obligation and the difference between the actual income and property and the obligation. If the balance is disproportionate, it could be argued that the contract is awarded only if the person has a strong emotional or financial bond with the principal debtor. This applies to business relations as well. In addition, the author finds that the specific provisions in Austrian Consumer Protection Act, which allow to reduce the amount of disproportional suretyship, could be reasonable to maintain the obligation to the creditor but help the surety to guarantee the obligation which meets the actual income. What is more, Estonian credit institutions do not ask for the relationship between the debtor and the surety which could raise the question if they know about the close relationship which is the presumption of considering the contract against good morals.

The German court practice regarding family suretyship contracts does not apply to commercial surety agreements. Nevertheless, if the company's shareholders, board members, chief executives and other companies enter into loan guarantee personal surety, the surety can

be declared void and against good manners if there is the exploitation of close relationship or economic dependency. Moreover, the case law is applicable in situations where employees secure the debts of the employer. However, the Estonian legislator is of an opinion that persons connected to legal entity could not be dependent of the legal person, because the legal person has the free choice of its members, and can recall those members of the board who are in dependent relationship. Such an approach, however, ignores the fact that all the members of the governing body of a legal person become dependent of a legal person.

In addition to natural persons acting as sureties there is possibility to secure the debt between legal persons. A situation where the dependency exploitation can take place is the relationship of the parent company and subsidiary. Although it seems that current legal situation in European Union does not recognise the dependency elements in such a relationship, the author emphasises the modern theories of asymmetric contracts where legal persons could also be regarded to be in weaker position in the contracts. Although the national courts do not favor this approach, it could be imposed on surety relations as well, stressing the need for the protection of the weaker party. As the relationship of dependency is between the parent company and the subsidiary, they could therefore deserve the protection as well as natural persons.

The most vulnerable group of people providing surety for the loan of the legal person is probably spouses who choose to secure the loans of another husband's enterprise. In this respect dependency is assumed, but there should be the notification of the fact that it is a commercial agreement, which means there is the chance that the surety will contribute to the financial situation of the family and the husband herself is interested in a loan. However, in German case law, the assumption applies even if the obligor is a company that belongs to the person to whom the surety has a strong emotional bond.

In addition to the contract of suretyship, the relationship of dependency might also occur in global security. Global security is a dependent personal security guaranteeing all the future obligations of the principal debtor. Thus, global security is not a classic static guarantee as obligations to be covered are undefined and unclear. The Supreme Court has found that at least in consumer contracts the special collateral agreement to include future obligations under surety agreements is considered void. Nevertheless, the court practice concerning global security narrows the definition of a consumer within the meaning of § 34 of the LOA. However, the protection is not considered in case of suretyship concluded by an individual who is the member of the governing body of the legal person. Therefore, current court

practice is not taking into account the expanded consumer concept as it is defined in the consumer security. The author advises the application of the theory of asymmetric contracts to global security arrangements as well, which protects the weaker party in the contract. In addition to the procedural protection clauses of control, the agreement has to consider the real bargain power and the free will of the security provider. Since consumers are entitled to make this kind of agreements individually negotiated the condition should be analysed as other cases where relationship of dependency might be abused.

According to the problems arising from the thesis the author believes that the security provider is in weaker position in the contractual relationship and needs special protection. There are some rules in Estonian legislation concerning surety's protection but it is not fully developed. Therefore the author stresses the importance of information duties and in order to protect the surety from the abuse of the relationship between the main debtor and the surety, courts should carefully analyse the possibility the surety entered into contract freely and with no abuse of the personal relationship. The grounds for protection could be found in the well-established practices of the member states of the European Union.

Laura Kask

Kasutatud kirjandus

- 1) Bar, C. von, Clive, E. (ed.), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Full Edition. Volume I. Sellier, European Law Publishers, Munich, 2009.
- 2) Bar, C. von, Clive, E. (ed.), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Full Edition. Volume III. Sellier, European Law Publishers, Munich, 2009
- 3) Ben- Shahr, O. The Myth of „Opportunity to Read“ in Contract Law. European Review of Contract Law 1, 2009, lk 1-27.
- 4) Carrasco, A. The DCFR- Guarantee and Personal Security Contracts. European Review of Contract Law 3, 2008, lk 389-410.
- 5) Colombi Ciacchi, A. Non-Legislative Harmonisation of Private Law under the European Constitution: The Case of Unfair Suretyships. European Review of Private Law 3, 2005, pp. 285-308.
- 6) Colombi Ciacchi, A. Weatherill, S. Regulating Unfair Suretyships in Europe: Methodology of a Comparative study. In: A. Colombi Ciacchi. S. Weatherill (eds). Regulating unfair banking practices in Europe: the Case of Personal Suretyships. Oxford University Press 2010, lk 2-4.
- 7) Colombi Ciacchi, A. Weatherill, S. Remarks from Comparative and EU Perspective. In: A. Colombi Ciacchi. S. Weatherill (eds). Regulating unfair banking practices in Europe: the Case of Personal Suretyships. Oxford University Press 2010, lk 27- 44.
- 8) Drobnig, U. (prep.) Principles of European Law. Study Group on a European Civil Code. Personal Security (PEL Pers. Sec.). Oxford University Press, Inc. New York, 2007.
- 9) Erp, S. van. Surety Agreements and the Principle of Accessority- Personal Security in the Light of a European Property Law Principle. European Review of Private Law 3, 2005, lk 309-331.
- 10) Fages, B. Pre-contractual Duties in DCFR. European Review of Contract Law 3, 2008, lk 304-317.
- 11) Fehlbeg, B. The Husband, the Bank, the Wife and the Signature. The Sequel. Modern Law Review 59, 1996, lk 675-694.
- 12) Fiorentini, F. Italy. In: A. Colombi Ciacchi. S. Weatherill (eds). Regulating Unfair Banking Practices in Europe: the Case of Personal Suretyships. Oxford University Press 2010, lk 353-388.

- 13) Fox O'Mahony, L. Devenney, J. Kenny, M. England and Wales. In: A. Colombi Ciacchi. S. Weatherill (eds). Regulating unfair banking practices in Europe: the Case of Personal Suretyships. Oxford University Press 2010, lk 141-178.
- 14) Freivald, D. Pereliikme võetud käenduskohustuse heade kommete vastasus. Juridica VIII, 2006, lk 541-550.
- 15) Geary, D. Notes on Family Guarantees in English and Scottish Law- A Comment. European Review of Private Law 8, 2000, lk 25-31.
- 16) Heine, K. Janal, R. Suretyships and Consumer Protection in the European Union through the Glasses of Law and Economics. In: A. Colombi Ciacchi. S. Weatherill. Regulating unfair banking practices in Europe: the Case of Personal Suretyships. Oxford University Press 2010, lk 5-26.
- 17) Hesselink, M.W. The Structure of the New European Private Law. Arvutivõrgus. Kättesaadav: www.ejcl.org/64/art64-2.pdf. 06.05.2013.
- 18) Järviste, L. Kasearu, K. Reinomägi, A. Abielu ja vaba kooselu: trendid, regulatsioonid, hoiakud. Poliitikaanalüüs. Sotsiaalministeeriumi toimetised 4/2008
- 19) Kama, P. Kullerkupp, K. Vabaabielu versus abielu: varalised suhted muutuvate kooseluvormide kontekstis. Juridica 4, 2002, lk 359-368.
- 20) Kasearu, K. Rootalu, K. Lapse väärtus ja põlvkondadevahelised suhted. Uuringu lühiraport. Tartu Ülikool. Tartu 2011. Arvutivõrgus. Kättesaadav: <https://valitsus.ee/UserFiles/valitsus/et/riigikantselei/strateegia/poliitika-analuusid-ja-uuringud/tarkade-otsuste-fondi-noorteadlaste-alameetme/Uuringu%20kokkuv%C3%B5te.pdf>. 06.05.2013.
- 21) Kenny, M. Standing Surety in Europe: Common Core or Tower of Pabel. Modern Law Review. Volume 70, March 2007, lk 175- 196.
- 22) Kull, I. Estonia. A. Colombi Ciacchi. S. Weatherill (eds). Regulating unfair banking practices in Europe: the Case of Personal Suretyships. Oxford University Press 2010, lk 179-206.
- 23) Kull, I. Protection from Unfair Suretyship under Estonian Law. In: Kull, I. (ed.), Development of Estonian Contract and Company Law in the Context of the Harmonized EU Law I. EFT Project: New *lex mercatoria* and codification of global commercial law: theoretical problems and legal practice in the context of development of Estonian commercial law. Tartu, 2007, lk 87- 122.
- 24) Kull, I., Käerdi, M., Kõve, V. Võlaõigus I. Üldosa. Tallinn, 2004.

- 25) Kähler, L. Decision-Making about Suretyships under Empirical Uncertainty- How Consequences of Decisions about Suretyships Might Influence the Law. *European Review of Private Law* 3, 2005, lk 333-383.
- 26) Lando, O. Culture and Contract Laws. *European Review of Contract Law* 1, 2007, lk 1-20.
- 27) McKendrick, E. *Contract Law. Text, Cases, and Materials*. Third Edition. Oxford University Press 2008.
- 28) Monti, G. Consumer Acquis and Competition Law. *European Review of Contract Law* 3, 2007, lk 295-314.
- 29) P. Pülow. *Recht der Kreditsicherheiten. Sachen und Rechte, Personen. Ein Lehrbuch*. 4. Aufl. Heidelberg, 1997.
- 30) Paisant, G. Tarbijaõiguse Euroopa Ühenduses. Õppematerjal kohtunikele 2004. Loengud Tartus 3.-5. märtsil ja 21.-23. aprillil 2004. Sihtasutus Eesti Õiguskeskus, Tartu, 2005.
- 31) Parry, R. The Position of Family Sureties within the Framework of Protection for Consumer Debtors in European Union Member States. *European Review of Private Law* 3, 2005, lk 357-381.
- 32) Roppo, V. From Consumer Contracts to Asymmetric Contracts: a Trend in European Contract Law? *European Review of Contract Law* 3, 2009, lk 304- 349.
- 33) Rott, P. Germany. In: A. Colombi Ciacchi. S. Weatherill (eds). *Regulating unfair banking practices in Europe: the Case of Personal Suretyships*. Oxford University Press 2010, lk 253-276.
- 34) Schnabl, D. Neue Entwicklungen der Rechtsprechung zu sittenwidrigen Bürgschaften, lk 18-19. Arvutivõrgus. Kättesaadav: <http://www.uni-leipzig.de/bankinstitut/dokumente/2002-12-07-06.pdf>. 06.05.2013. Viidatud: Freivald, D. Pereliikme võetud käenduskohustuse heade kommete vastasus. *Juridica VIII*, 2006, lk 548.
- 35) Siems, M. M. No Risk, No Fun? Should Spouses Be Advised before Committing to Guarantees? A Comparative Analysis. *European Review of Private Law*, 10 2002, lk 509-528.
- 36) Smith, J. Scotland. In: A. Colombi Ciacchi. S. Weatherill (eds). *Regulating unfair banking practices in Europe: the Case of Personal Suretyships*. Oxford University Press 2010, lk 493-504.

- 37) Sunstein, C. R. Review of T. Gilovich, D.W. Griffin, D. Kahnemann (eds), *Heuristic and Biases: The Psychology of Intuitive Judgement*, Cambridge, 2002, 70 *University Chicago Law Review* 757, 771. 2003. Viidatud: L. Kähler (viide 23), lk 336.
- 38) Säcker, F. J. *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. München, Verlag C. H. Beck, 2006.
- 39) Zimmermann, R. *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*. Jura & Co, Ltd. Legal and Academic Publishers, South Africa, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer, Boston, 1992.
- 40) Tufal, A. Cases on Undue Influence. Arvutivõrgus. Kättesaadav: <http://www.lawteacher.net/PDF/Undue%20Influence%20Cases.pdf>. 06.05.2013.
- 41) Varul, P. Kull, I. Käerdi, M. Kõve, V. *Tsiviilseadustiku üldosa seadus. Kommenteeritud väljaanne*. Tallinn 2010.
- 42) Varul, P. Tühine tehing. *Juridica* 1, 2011, lk 35-46.
- 43) Varul, P., Kull, I., Kõve, V., Käerdi, M. (koost). *Võlaõigusseadus I. Üldosa (§§ 1-207)*. Kommenteeritud väljaanne. Tallinn, 2006.
- 44) Vutt, M. Tehingu heade kommete vastasus TsÜS § 86 alusel. Kohtupraktika analüüs. Riigikohus. Õigusteabe osakond. Tartu 2012. Arvutivõrgus. Kättesaadav: <http://www.riigikohus.ee/?id=1252>.

Kasutatud normatiivaktid

- 45) Austria tsiviilkoodeks. ABGB. Arvutivõrgus. Kättesaadav: <http://www.ibiblio.org/ais/abgb1.htm>. 06.05.2013.
- 46) Krediidiasutuste seadus. 09.02.1999, jõustunud 1.07.1999. RT I 1999, 23, 349.
- 47) Perekonnaseadus. 12.10.1994, jõustunud 01.01.1995, RT I 1994, 75, 1326.
- 48) Saksa tsiviilkoodeks. BGB. Arvutivõrgus. Kättesaadav: http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#BGBengl_000P13. 06.05.2013.
- 49) Tsiviilseadustiku üldosa seadus. 27.03.2002, jõustunud 01.07.2002. RT I 2002, 35, 216.
- 50) Võlaõigusseadus. 26.09.2001, jõustunud 1.07.2002, RT I 2001, 81, 487.
- 51) Õppetoetuste ja õppelaenu seadus. 07.08.2003, jõustunud 1.09.2003. RT I 2003, 58, 387.

Mudelseadused

- 52) Draft Common Frame of Reference. Available:
<http://www.storme.be/DCFRInterim.pdf>. 06.05.2013.
- 53) Principles of European Contract Law. Available:
http://frontpage.cbs.dk/law/commission_on_european_contract_law/PECL%20engelsk/engelsk_partI_og_II.htm. 06.05.2013.

Kasutatud Eesti kohtupraktika

- 54) Harju maakohtu 05.03.2010 otsus tsiviilasjas nr 2-09-20996.
- 55) Harju Maakohtu 07.04.2011 otsus tsiviilasjas nr 2-11-817.
- 56) Harju maakohtu 12.01.2012 otsus tsiviilasjas nr 2-10-45626.
- 57) Harju Maakohtu 14.03.2011 otsus tsiviilasjas nr 2-10-41161.
- 58) Harju Maakohtu 18.10.2011 otsus tsiviilasjas nr 2-10-3891.
- 59) Harju Maakohtu 20.09.2011 otsus tsiviilasjas nr 2-10-65498.
- 60) Harju Maakohtu 21.06.2011 otsus tsiviilasjas nr 2-10-5864.
- 61) Harju Maakohtu 26.10.2011 otsus tsiviilasjas nr 2-11-89-57.
- 62) Harju Maakohtu 28.09.2012.a otsus tsiviilasjas nr 2-12-15424.
- 63) Harju Maakohtu 28.11.2008 otsus tsiviilasjas nr 2-10-43457.
- 64) Harju Maakohtu 3.11.2011 otsus tsiviilasjas nr 2-11-4320.
- 65) Harju Maakohtu 7.09.2012.a otsus tsiviilasjas nr 2-11-54882.
- 66) Harju Maakohtu otsus 05.03.2010 otsus tsiviilasjas nr 2-11-817.
- 67) Riigikohtu tsiviilkolleegiumi 13.02.2008 otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-140-07.
- 68) Riigikohtu tsiviilkolleegiumi 15.01.2007 otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-89-06.
- 69) Riigikohtu tsiviilkolleegiumi 17.06.2011 otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-49-11.
- 70) Riigikohtu tsiviilkolleegiumi 21.12.2004 otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-145-04.
- 71) Riigikohtu tsiviilkolleegiumi 22.10.2002 otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-108-02.
- 72) Riigikohtu tsiviilkolleegiumi 23.03.2006 otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-8-06.
- 73) Riigikohtu tsiviilkolleegiumi 29.05.2012 otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-64-12.
- 74) Riigikohtu tsiviilkolleegiumi 30.03.2006 otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-4-06.
- 75) Riigikohtu tsiviilkolleegiumi 30.04.2007. a otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-150-06.
- 76) Riigikohtu tsiviilkolleegiumi 5.10. 2008. a otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-104-08.
- 77) Riigikohtu tsiviilkolleegiumi 5.12.2005. a otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-140-05.

- 78) Riigikohtu tsiviilkolleegiumi 8.11.2009 otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-126-09.
- 79) Tallinna Ringkonnakohtu 10.12.2012 otsus tsiviilasjas nr 2-11-54882.
- 80) Tallinna Ringkonnakohtu 27.04.2009 otsus tsiviilasjas nr 2-08-52544.
- 81) Tallinna Ringkonnakohtu 3.01.2012 otsus tsiviilasjas nr 2-09-66986.
- 82) Tallinna Ringkonnakohtu 30.01.2013 otsus tsiviilasjas nr 2-12-15424.
- 83) Tallinna Ringkonnakohtu 7.12.2011 otsus tsiviilasjas nr 2-10-2110.
- 84) Tartu Maakohtu 6.09.2011 otsus tsiviilasjas nr 2-09-5581.
- 85) Tartu Ringkonnakohtu 30.05.2011 otsus tsiviilasjas nr 2-10-3882.

Euroopa Liidu liikmesriikide kohtupraktika:

- 86) Royal Bank of Scotland v Etridge. 2001. UKHL 44. Viidatud: Fox O'Mahony, L. Devenney, J. Kenny, M. England and Wales. In: A. Colombi Ciacchi. S. Weatherill (eds). Regulating unfair banking practices in Europe: the Case of Personal Suretyships. Oxford University Press 2010, lk 141-178.
- 87) Bank of Montreal v Stuart. 1911, AC 120. Viidatud: Fox O'Mahony, L. Devenney, J. Kenny, M. England and Wales. In: A. Colombi Ciacchi. S. Weatherill (eds). Regulating unfair banking practices in Europe: the Case of Personal Suretyships. Oxford University Press 2010, lk 149.
- 88) Smith v Bank of Scotland. 1997 (SC) HL 111. Viidatud: L. Smith, J. Scotland. In: A. Colombi Ciacchi. S. Weatherill (eds). Regulating unfair banking practices in Europe: the Case of Personal Suretyships. Oxford University Press 2010, lk 493.
- 89) London General Omnibus Co Ltd v Holloway. 1912. 2 KB 72. Viidatud: Fox O'Mahony, L. Devenney, J. Kenny, M. England and Wales. In: A. Colombi Ciacchi. S. Weatherill (eds). Regulating unfair banking practices in Europe: the Case of Personal Suretyships. Oxford University Press 2010, lk 152.
- 90) Barclays Bank plc v O'Brien. 1991. 1 AC 180 (HL). Viidatud: Fox O'Mahony, L. Devenney, J. Kenny, M. England and Wales. In: A. Colombi Ciacchi. S. Weatherill (eds). Regulating unfair banking practices in Europe: the Case of Personal Suretyships. Oxford University Press 2010, lk 141-178.
- 91) BverfG 7.02.1990. NJW 1990, 1469. Viidatud: Rott, P. Germany. In: A. Colombi Ciacchi. S. Weatherill (eds). Regulating unfair banking practices in Europe: the Case of Personal Suretyships. Oxford University Press 2010, lk 257.

- 92) BGH 22.01.1991. NJW 1991, 923. Viidatud: Rott, P. Germany. In: A. Colombi Ciacchi. S. Weatherill (eds). Regulating unfair banking practices in Europe: the Case of Personal Suretyships. Oxford University Press 2010, lk 259.
- 93) BVerfG 19.10. 1993. BverfGE 89, 214; NJW 1994, 36. Viidatud: Rott, P. Germany. In: A. Colombi Ciacchi. S. Weatherill (eds). Regulating unfair banking practices in Europe: the Case of Personal Suretyships. Oxford University Press 2010, lk 257, 261, 265.
- 94) BGH 18.01.1996. NJW 1996, 1274. Viidatud: Rott, P. Germany. In: A. Colombi Ciacchi. S. Weatherill (eds). Regulating unfair banking practices in Europe: the Case of Personal Suretyships. Oxford University Press 2010, lk 261, 263, 265.
- 95) BGH 15.04.1997. WM 1997, 1047. Viidatud: Rott, P. Germany. In: A. Colombi Ciacchi. S. Weatherill (eds). Regulating unfair banking practices in Europe: the Case of Personal Suretyships. Oxford University Press 2010, lk 269.
- 96) BGH 18.12.1997. NJW 198, 597. Viidatud: Rott, P. Germany. In: A. Colombi Ciacchi. S. Weatherill (eds). Regulating unfair banking practices in Europe: the Case of Personal Suretyships. Oxford University Press 2010, lk 262.
- 97) BGH 27.01.2001. NJW 2000, 1182. Viidatud: Rott, P. Germany. In: A. Colombi Ciacchi. S. Weatherill (eds). Regulating unfair banking practices in Europe: the Case of Personal Suretyships. Oxford University Press 2010, lk 259.
- 98) BGH 26.04.2001. NJW 2001, 2466. Viidatud: Rott, P. Germany. In: A. Colombi Ciacchi. S. Weatherill (eds). Regulating unfair banking practices in Europe: the Case of Personal Suretyships. Oxford University Press 2010, lk 261, 265, 275.
- 99) BGH 4.12.2001. ZIP 2002, 210. Viidatud: Rott, P. Germany. In: A. Colombi Ciacchi. S. Weatherill (eds). Regulating unfair banking practices in Europe: the Case of Personal Suretyships. Oxford University Press 2010, lk 260.
- 100) BGH 25.01.2005. WM 2005, 418, NJW 2005, 1997. Viidatud: Rott, P. Germany. In: A. Colombi Ciacchi. S. Weatherill (eds). Regulating unfair banking practices in Europe: the Case of Personal Suretyships. Oxford University Press 2010, lk 260.

Euroopa kohtupraktika

- 101) Kohtuotsus C-210/96 (*Gut Springenheide GmbH, Rudolf Tusky v Oberkreisdirektor des Kreises Steinfurt- Amt für Lebensmittelüberwachung*), 16.07.1998, ET I-04657.
- 102) EIK 12.01.2010. a otsus kohtuasjas A.W. Khan v. the United Kingdom, nr. 47486/06
- 103) Kohtuotsus C-269/95 (*Francesco Benincasa v Dentalkit Srl*), 03.07.1997, ET I-03767.

Muud allikad

- 104) Credit Suisse Research Institute. Thought leadership from Credit Suisse Research and the world's foremost experts. Global Wealth Report. 10.2012. Available: https://infocus.credit-suisse.com/data/_product_documents/_shop/368327/2012_global_wealth_report.pdf. 06.05.2013.
- 105) Eestis tegevusloa alusel tegutsevad krediidasutused. Arvutivõrgus. Kättesaadav: <http://www.fi.ee/index.php?id=287>. <http://statistika.eestipank.ee/?lng=et#listMenu/1172/treeMenu/FINANTSSEKTOR/147/650>. 06.05.2013.
- 106) K. Ibrus. Tarbijakaitse sundis pankasid röövellikke laenutingimusi muutma. Eesti Päevaleht. 9.01.2013. Arvutivõrgus. Kättesaadav: <http://www.epl.ee/news/eesti/taismahus-tarbijakaitse-sundis-pankasid-roovellikke-laenutingimusi-muutma.d?id=65505130>. 06.05.2013.
- 107) Kodumajapidamistele antud laenude jääk ja arv laenuliigi, valuuta ja tagatise lõikes. Arvutivõrgus. Kättesaadav: <http://statistika.eestipank.ee/?lng=et#listMenu/1172/treeMenu/FINANTSSEKTOR/147/650>. 04.05.2013.
- 108) KredEx tutvustus. Arvutivõrgus. Kättesaadav: <http://www.kredex.ee/kredexist/>.
- 109) Laenujääk tagatise järgi. Arvutivõrgus. Kättesaadav: <http://statistika.eestipank.ee/?lng=et#listMenu/1030/treeMenu/FINANTSSEKTOR/147/650>. 06.05.2013

- 110) SEB õppelaenu käenduse taotlus. Arvutivõrgus. Kättesaadav:
http://www.seb.ee/files/oppelaen/kaenduse_taatlus.pdf. 06.05.2013.
- 111) SEB. Autolaenu tingimused. Arvutivõrgus. Kättesaadav:
<http://www.seb.ee/vaikelaenud/autolaen>. 06.05.2013.
- 112) SEB. Väikelaenu tingimused. Arvutivõrgus. Kättesaadav:
<http://www.seb.ee/vaikelaenud/vaikelaen>. 06.05. 2013.
- 113) Swedbank. Alustavale ettevõtjale. Arvutivõrgus. Kättesaadav:
<https://www.swedbank.ee/business/home/more/starting?language=EST>. 06.05.2013.
- 114) Swedbank. Õppelaenu tingimused. Arvutivõrgus. Kättesaadav:
<https://www.swedbank.ee/private/credit/loans/student>. 06.05.2013.
- 115) Tsiviilseadustiku üldosa seaduse ja võlaõigusseaduse muutmise seaduse eelnõu seletuskiri. Arvutivõrgus. Kättesaadav:
http://www.riigikogu.ee/?op=emsplain&page=pub_file&file_id=d92e1442-e748-9854-f088-bc69cbc330d2&. 04.05.2013.
- 116) Viivislaenude jääk. Arvutivõrgus. Kättesaadav:
http://www.eestipank.info/dynamic/itp/itp_report.jsp?startDay=1&startMonth=10&startYear=2007&endDay=1&endMonth=3&endYear=2010&reference=29&className=EPSTAT&step=8&lang=et&submit=KUVA. 06.05.2013.
- 117) Välisriigi krediidasutuste filiaalid. Arvutivõrgus. Kättesaadav:
<http://www.fi.ee/index.php?id=537>. 06.05.2013.

Lihtlitsents lõputöö reprodutseerimiseks ja lõputöö üldsusele kättesaadavaks tegemiseks

Mina LAURA KASK 19.03.1988

1. annan Tartu Ülikoolile tasuta loa (lihtlitsentsi) enda loodud teose

Sõltuvussuhtes sõlmitud käendusleping, mille juhendaja on prof Irene Kull:

- 1.1. reprodutseerimiseks säilitamise ja üldsusele kättesaadavaks tegemise eesmärgil, sealhulgas digitaalarhiivi DSpace-is lisamise eesmärgil kuni autoriõiguse kehtivuse tähtaja lõppemiseni;
- 1.2. üldsusele kättesaadavaks tegemiseks Tartu Ülikooli veebikeskkonna kaudu, sealhulgas digitaalarhiivi DSpace'i kaudu kuni autoriõiguse kehtivuse tähtaja lõppemiseni.
2. olen teadlik, et punktis 1 nimetatud õigused jäävad alles ka autorile.
3. kinnitan, et lihtlitsentsi andmisega ei rikuta teiste isikute intellektuaalomandi ega isikuandmete kaitse seadusest tulenevaid õigusi.

Tartus, 06.05.2013.